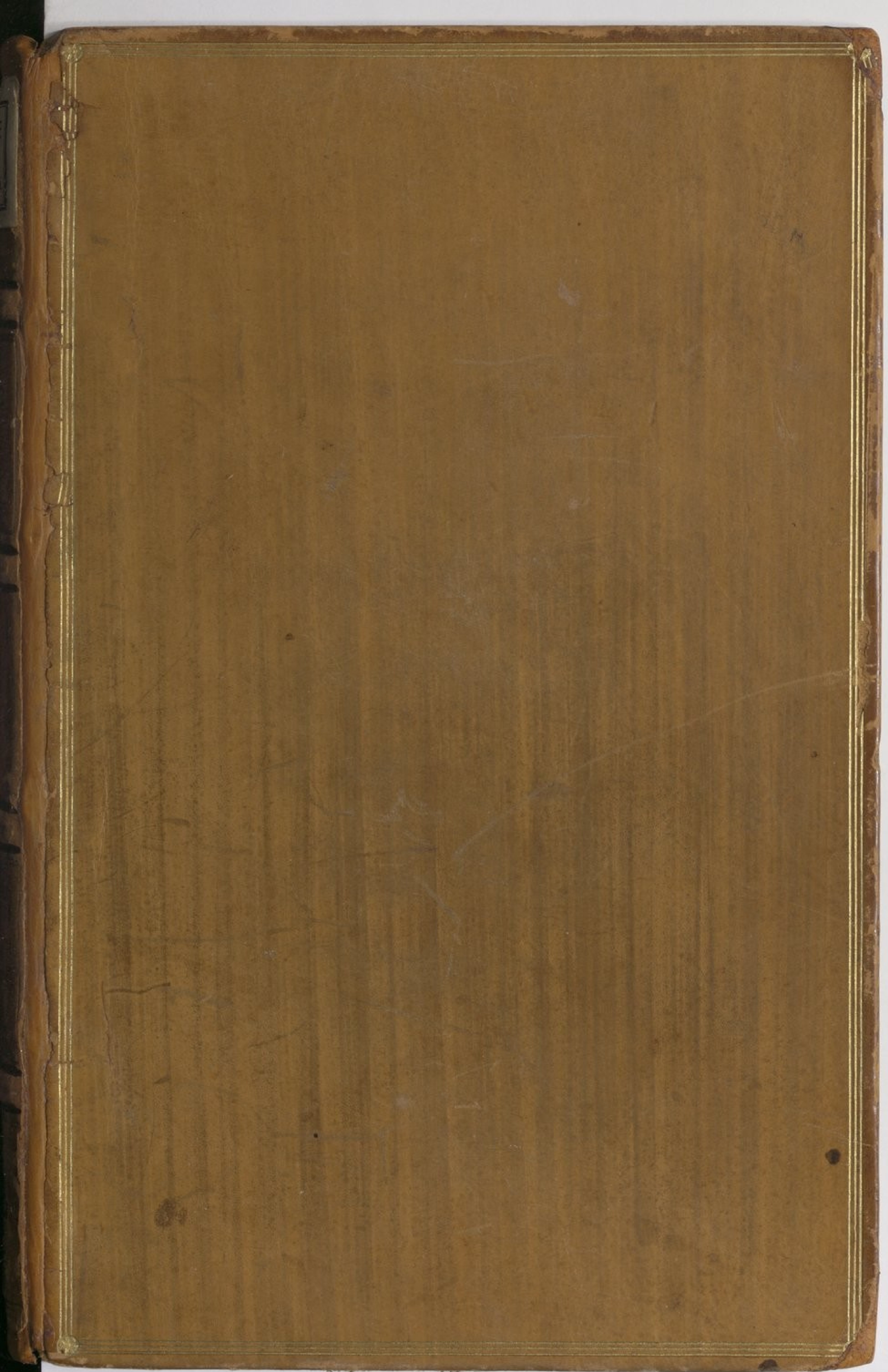
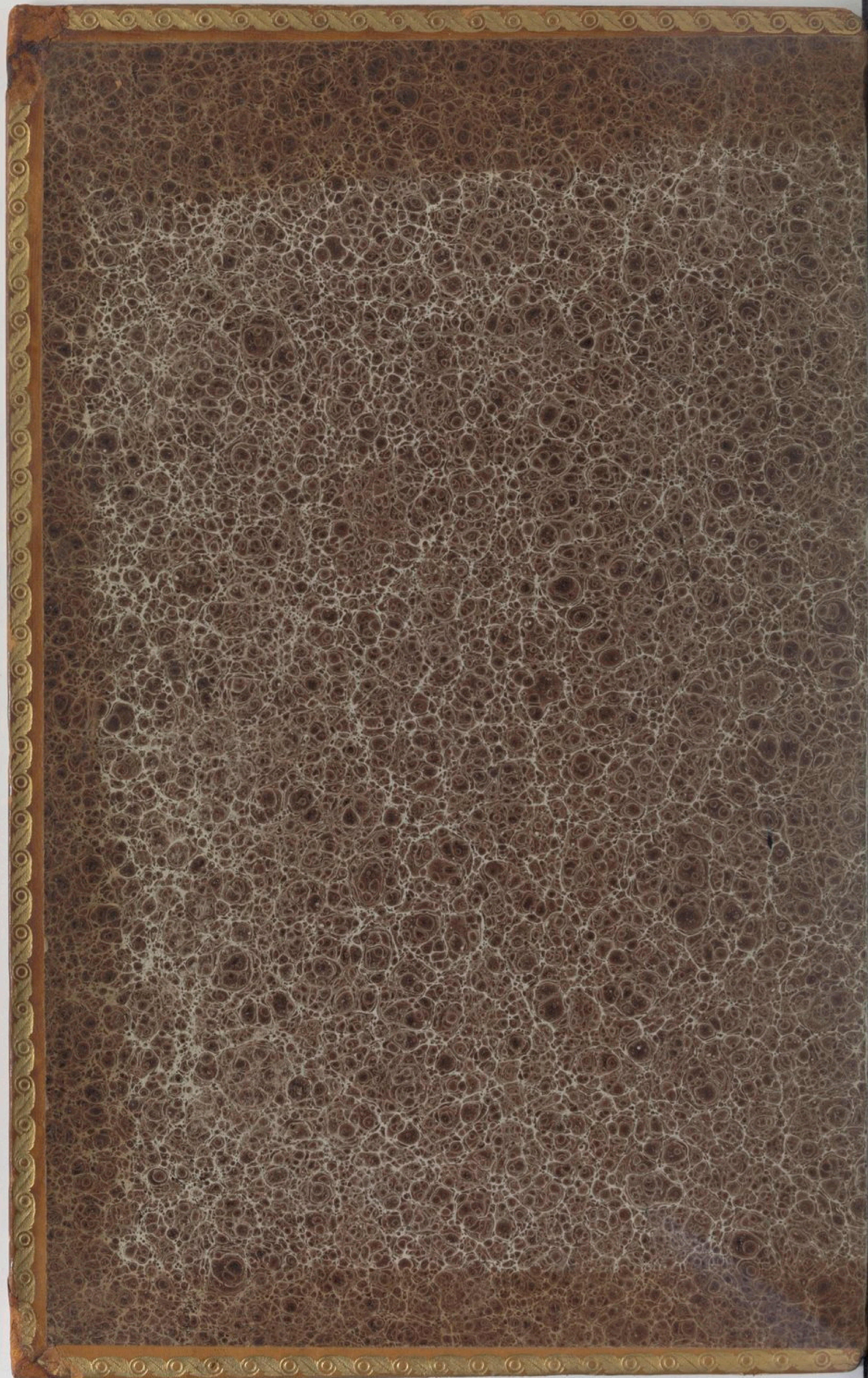
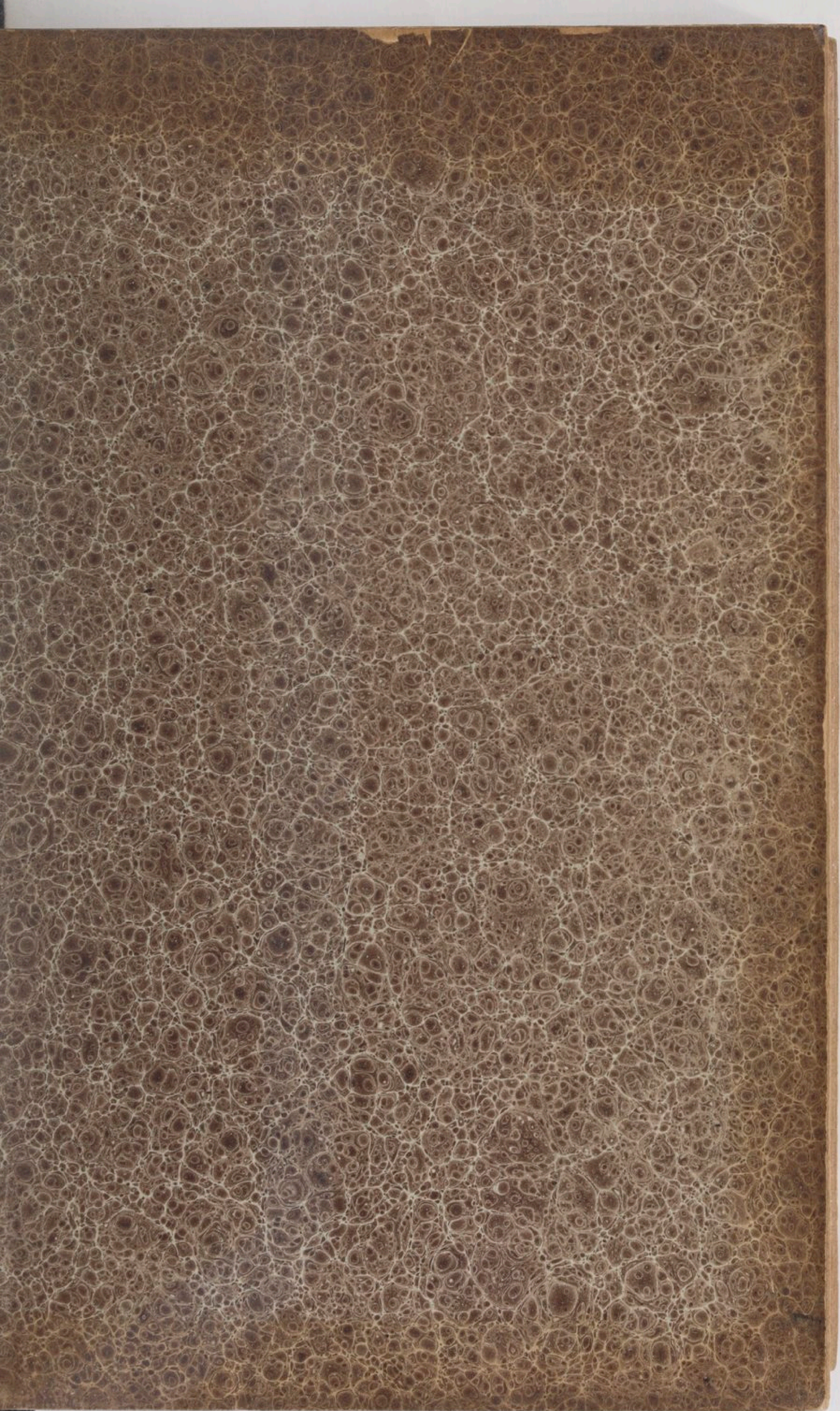
Traité sur l'état des personnes et sur le titre préliminaire du Code civil, par M. Proudhon,... 3e édition [...]







TRAITÉ

SUR

L'ÉTAT DES PERSONNES.

—

TOME PREMIER.

Chez les mêmes libraires.

ŒUVRES DE PROUDHON.

TRAITÉ DES DROITS D'USUFRUIT, D'USAGE, D'HABITATION ET DE SUPERFICIE, par M. PROUDHON, doyen, etc.; 2e édit. aug. de la matière de 2 vol., et ne formant cependant, à raison de l'arrangement typographique, que 8 gros vol. in-8°. . . . . 60 fr.

Les trois derniers volumes, qui traitent des *Droits d'usage, Servitudes réelles, du Droit de superficie et de la Jouissance des biens communaux et des établissements publics*, sont annotés, augmentés et mis en harmonie avec le Code forestier, par M. CURASSON, Jurisconsulte. — Ces trois vol. se vendent séparément. . . . . 24 fr.

Ceux qui ne jugent d'un ouvrage que par son titre pourraient croire ces 8 volumes exclusivement consacrés à une seule partie de notre Code civil. Mais toutes les matières du droit s'enchaînent, et avec une aussi vaste érudition que celle de l'auteur, le Traité des *Droits d'usufruit, d'usage*, qui se rattachent à tant d'autres matières, ne pouvait manquer d'offrir un plan large, fortement conçu, et de présenter des développements qui, s'ils semblent étrangers au titre de l'ouvrage, n'en étaient pas moins une conséquence indispensable.

TRAITÉ DU DOMAINE PUBLIC, ou DE LA DISTINCTION DES BIENS, considérés principalement par rapport au domaine public; par M. PROUDHON, doyen, etc.; 5 forts vol. in-8°, ornés d'un très-beau portrait de l'auteur. . . . . 35 fr.

TRAITÉ DU DOMAINE DE PROPRIÉTÉ ou DE LA DISTINCTION DES BIENS, considérés principalement par rapport au Domaine privé; par M. PROUDHON, doyen, etc.; 3 gros vol. in-8°, prix : . . . . 24 fr.

Cet ouvrage, précédé de l'éloge biographique et de l'histoire des immenses travaux de M. Proudhon, est terminé par une excellente table analytique et alphabétique des matières.

Ce livre manquait à la jurisprudence. Aucun traité spécial et véritablement complet n'existait sur la distinction des biens relativement à la propriété privée. Il appartenait à l'auteur du Traité du domaine public, de combler cette lacune.

COURS DE LÉGISLATION, etc.; par M. PROUDHON, *an VII*; 2 gros vol. in-8°. (Il n'en reste que quelques exempl.). 10 fr.

TRAITÉ

SUR

L'ÉTAT DES PERSONNES

ET SUR

LE TITRE PRÉLIMINAIRE DU CODE CIVIL,

PAR M. PROUDHON,

DOYEN DE LA FACULTÉ DE DROIT DE DIJON, MEMBRE CORRESPONDANT DE L'INSTITUT ROYAL DE FRANCE, OFFICIER DE LA LÉGION D'HONNEUR, etc.

3e ÉDITION,

CONSIDÉRABLEMENT AUGMENTÉE

PAR M. VALETTE,

PROFESSEUR DE CODE CIVIL A LA FACULTÉ DE DROIT DE PARIS.

TOME PREMIER.





DIJON,

VICTOR LAGIER, LIBRAIRE-ÉDITEUR, PLACE ST.-ÉTIENNE.

PARIS, JOUBERT, LIBRAIRE, RUE DES GRÈS, 14.

—

1842.

AVERTISSEMENT DE CETTE 3me ÉDITION.

L'ouvrage dont nous donnons aujourd'hui une nouvelle édition parut pour la première fois en 1809, et fut publié une seconde fois en 1810 sans aucuns changements, sous le titre de COURS DE DROIT FRANÇAIS, PREMIÈRE PARTIE *sur l'État des personnes et sur le titre préliminaire du Code Napoléon.* Ce titre fait voir qu'à cette époque l'auteur se proposait d'embrasser dans un vaste travail l'ensemble du Droit civil, et peut-être même de la science du Droit tout entière. Mais il s'est arrêté à la fin du livre *des Personnes*; et plus tard dans des ouvrages spéciaux sur le *Domaine public et privé* et surtout dans le vaste Traité de l'*Usufruit*, il a comme épuisé les trésors de son abondante érudition et de sa patiente et vigoureuse logique.

Lors de l'apparition du traité de *l'Etat des Personnes*, en 1809, le Code civil n'avait encore qu'un petit nombre d'années d'existence. Aucun ouvrage de quelque impor-

tance sur l'*Etat des Personnes* n'avait été donné au public. M. Proudhon avait donc à lutter contre toute la difficulté d'une première tentative de ce genre ; et cependant son œuvre se distinguait par des qualités si éminentes, que quelques-uns crurent y voir le dernier mot de la science.

C'était méconnaître la marche nécessaire de l'esprit humain. Les premiers commentateurs, pas plus que les premiers rédacteurs d'une loi, ne peuvent prévoir toutes les difficultés que l'application de cette loi fera naître. Le temps seul peut bien expliquer un Code. Aussi, depuis trente ans que l'ouvrage de M. Proudhon est composé, combien de questions ardues ont été soulevées sur les premiers articles du Code, et sur les matières comprises dans ce livre des personnes si hérissé d'exceptions et d'anomalies. La doctrine a travaillé à résoudre ces difficultés ; la jurisprudence lui a fourni de grandes lumières ; le législateur lui-même a modifié son œuvre en plusieurs points. De là, des erreurs et des lacunes dans le Traité de M. Proudhon. L'auteur lui-même avait senti la nécessité de revoir son ouvrage et de le compléter. Il se disposait à le faire lorsque la mort est venue arrêter l'exécution de ce dessein.

Succédant à l'exécution de ce travail, nous n'avons pas songé à faire une refonte de l'ouvrage, ni à substituer dans le texte même nos opinions personnelles à celles de l'auteur. Notre respect pour la mémoire de M. Proudhon nous a interdit de suivre cette marche ; nous avons craint de dénaturer son œuvre en cherchant à la corriger. D'ailleurs le public aimera probablement à distinguer des additions postérieures, le livre primitif de M. Proudhon, tel que ce grand Jurisconsulte l'a conçu et l'a écrit. Nous avons donc reproduit littéralement le texte original, en changeant seulement les dénominations qui étaient propres au régime

impérial et qui ont disparu de nos Codes (1). Nos observations sont distinguées par un caractère typographique plus fin, et placées soit au bas des pages en forme de notes (2), soit par intercalation dans le texte même quand elles en sont la suite et le complément naturel, soit même à la fin des chapitres quand elles contiennent un historique ou un corps de doctrine indépendant.

L'esprit dans lequel nos annotations et nos additions ont été conçues est encore un hommage rendu aux vues de l'auteur. « La lecture de cet ouvrage, dit-il dans sa pré-
» face, peut être utile non-seulement aux élèves des facultés
» de Droit, mais encore aux hommes qui fréquentent le
» barreau, ou qui participent à l'administration de la
» justice. » Consacré comme lui à l'enseignement du Droit, nous avons voulu que notre travail fût particulièrement destiné à la jeunesse des écoles. Dans ce but, nous ne nous sommes pas borné à combler les lacunes que présente l'ouvrage et à tâcher de rectifier les points de doctrine qui nous paraissaient susceptibles de critique ; nous nous sommes attaché en outre à relever les expressions obscures et inexactes, afin de n'offrir aux élèves que des

---

(1) En outre quelques phrases ou expressions qui n'étaient plus en harmonie avec la législation, par exemple, en ce qui concerne le divorce, ont été distinguées par deux crochets [ ], ou placées au bas des pages avec cette indication : *Edition de* 1810.

(2) Toutes les *observations* et les notes désignées par des *lettres* (*a*, *b*, *c*, etc.,) sont de M. Valette. Le petit nombre d'annotations qui appartiennent à M. Proudhon, lesquelles ne sont que des citations de lois, de décrets et d'auteurs, sont désignées par des *chiffres* (1, 2, 3, etc.).

notions justes et précises, et de leur montrer quel esprit d'examen et d'indépendance ils doivent porter dans leurs lectures, par lesquelles ils se laissent en général beaucoup trop dominer.

D'un autre côté, le livre de M. Proudhon ne pouvait être considéré comme un simple manuel à l'usage des écoles. Nous venons de voir qu'il le destinait aussi aux membres de la magistrature et du barreau. Aussi avons-nous eu soin de donner sur les matières les plus difficiles et les plus importantes des développements assez étendus.

VALETTE.

A SON ALTESSE SÉRÉNISSIME

MONSEIGNEUR LE DUC DE PARME,

PRINCE ARCHI-CHANCELIER DE L'EMPIRE.

MONSEIGNEUR,

Le Code NAPOLÉON *sera transmis aux générations futures, comme un des plus grands bienfaits du génie qui préside aux destinées de la France. Ce monument de sagesse fixera les*

regards de toutes les nations civilisées, et excitera dans tous les temps la reconnaissance des Français.

Mais en rendant grâces au Héros dont ce Code porte le nom immortel, on n'oubliera jamais, MONSEIGNEUR, *que c'est vous qui avez conçu les premières idées de ce corps de Droit; que dans le Conseil d'Etat vos lumières en ont perfectionné les plans; et qu'après avoir posé les bases de l'édifice, vous avez, avec éclat, concouru à son élévation.*

Si le nom de Votre Altesse est inscrit si honorablement dans les fastes de notre législation; si les hommages de la nation entière attestent ce service national, quelle doit être la reconnaissance de ceux qui par état sont voués à l'étude du Droit, de ceux surtout qui, chargés de l'enseigner, découvrent chaque jour dans vos pensées, l'intelligence de la loi!

Pouvais-je, MONSEIGNEUR, *ne pas ambitionner de faire paraître cet ouvrage sous vos auspices? Vous avez eu la bonté de m'accorder cette honorable distinction; je la regarde comme la plus précieuse récompense de mes travaux.*

La protection des Grands devient glorieuse aux yeux même de la philosophie, lorsque le Prince qui protège les sciences, est en même temps le meilleur juge des talents de ceux qui les cultivent; lorsque ce Prince est connu de toute la nation, non

seulement par la dignité des fonctions dont il est revêtu, mais encore par l'étendue des lumières qui le distinguent.

En me permettant de lui dédier cette partie de mon Cours d'enseignement, Votre Altesse a sans doute voulu encourager les hommes qui, comme moi, se vouent à l'instruction publique, et qui savent inspirer à la jeunesse les sentiments d'amour et de respect que nous devons tous au grand NAPOLÉON.

Comme Justinien, il donne des lois au Monde; mais l'Empereur de Constantinople n'avait ni sauvé sa patrie, ni reçu sa couronne de la reconnaissance des peuples qui obéissaient à ses lois. Sauveur de la France, vainqueur de nos ennemis, législateur, régnant par le choix et l'amour des Français, NAPOLÉON *réunit tous les titres de gloire. Pendant que la victoire le conduit sur les bords du Danube, nous jouissons en France des loisirs de la paix, et nous ne connaissons de la guerre qui embrase l'Europe, que le récit de ses exploits.*

Combien de peuples déplorent l'aveuglement de quelques Rois qui voudraient en vain lutter contre les destinées de la France, tandis que la Nation française, contemplant loin d'elle ses guerriers sous les trophées de la victoire, voit en même temps ses citoyens se livrer, dans l'Empire, aux paisibles méditations des sciences et des lettres!

Et Vous, MONSEIGNEUR, *que le Héros a choisi pour être l'Archi-Chancelier de son vaste Empire, vous les encouragez et vous applaudissez à leurs succès.*

Agréez l'hommage du profond respect avec lequel j'ai l'honneur d'être ;

MONSEIGNEUR,

DE VOTRE ALTESSE SÉRÉNISSIME,

Le très-humble et très-obéissant
Serviteur,

PROUDHON.

PRÉFACE.

Cet ouvrage porte pour titre, *Cours de Droit français*, parce qu'il est le résultat de nos leçons faites à l'Ecole de Droit de Dijon. Il ne faut pas conclure de là que ce ne soit qu'un livre purement élémentaire ; on y trouvera beaucoup de questions agitées et résolues d'après les principes du Droit nouveau, et la lecture peut en être utile non-seulement aux élèves des Facultés de droit, mais encore aux hommes qui fréquentent le barreau, ou qui participent à l'administration de la justice.

Il serait possible même qu'il y eût des personnes qui ne le trouvassent pas assez élémentaire pour servir aux premières études de la jeunesse ; mais la longue expérience que nous avons acquise dans l'enseignement, nous a appris que ce ne sont pas les ouvrages les plus resserrés qui sont les plus utiles à l'étude d'une science comme celle de la législation. Un principe n'est jamais mieux retenu et gravé dans la mémoire, que quand on

en a fait saisir des applications plus ou moins nombreuses.

Il faut pour cela que les exemples soient convenablement choisis. On proposera donc différentes espèces, en procédant, par ordre, des plus faciles aux plus compliquées ; on présentera d'abord, pour expliquer le texte, des exemples d'une grande simplicité, tels que le lecteur les comprenne sans efforts ; on fera voir ensuite qu'il existe une infinité d'espèces d'une application fréquente dans l'usage, et dont la solution plus difficile exige de longues et profondes réflexions. De cette manière, le lecteur s'exercera peu à peu à trouver, dans le rapprochement des textes, des principes que les textes isolés ne lui auraient pas révélés, et c'est alors seulement qu'il saura ce qui constitue la difficulté du Droit et le talent du Jurisconsulte.

La science du Droit ne consiste pas seulement dans la connaissance des divers articles de la loi : un homme pourrait savoir le Code entier par cœur, et n'être pas au-dessus d'un faible légiste : c'est dans la théorie propre à chaque sujet qu'il faut rechercher la véritable connaissance du Droit. Celui qui ne sait que la solution de quelques questions détachées, trouve la loi muette pour lui, dans tous les cas qu'on ne lui a pas montrés ; tandis que celui qui, sur chaque matière, a su saisir les idées mères et l'enchaînement des principes que le législateur a voulu établir, connaît véritablement le Droit, parce qu'il peut en faire l'application à toutes les questions qui se présentent.

Si c'est d'après cette pensée que nous devons nous diriger dans nos études particulières, pour en tirer un profit réel, à plus forte raison elle doit être la base de l'enseignement, si l'on veut qu'il soit réellement profitable.

Un professeur n'enseignerait donc rien, s'il ne montrait que des articles détachés dans le Code, parce que chacun peut les lire et les comprendre, sans être sur les bancs de l'Ecole : c'est le rapprochement et la combinaison des diverses parties qu'il doit démontrer, parce que chacun ne les aperçoit pas également ; c'est la suite des principes sous lesquels le législateur a voulu enchaîner les dispositions particulières, qu'il faut enseigner : telle est aussi la tâche que nous nous sommes imposée.

Nous avons senti plus d'une fois combien ce but est difficile à atteindre sous une législation nouvelle, comme la nôtre, non-seulement parce qu'il faut en quelque sorte anticiper sur l'expérience, et suppléer, par la méditation, aux connaissances que la jurisprudence ne nous a pas encore révélées, mais encore parce qu'il y a bien des écueils à éviter.

L'unité de législation, établie par le Code civil, est un avantage inestimable pour la France ; mais pour en obtenir la jouissance tout entière, nous devons avoir soin de nous dégager de beaucoup d'anciens préjugés.

Quoiqu'il n'ait point été conçu dans un esprit de novation, on trouve néanmoins, sur l'*état des personnes,* beaucoup de choses précédemment incon-

nues et beaucoup de règles nouvelles; comme on trouve aussi, dans toutes les autres parties, des nuances qui nous écartent de l'ancienne routine, sur des points de jurisprudence très-multipliés.

Les auteurs de cet immortel ouvrage ont puisé tantôt dans le Droit romain, tantôt dans les dispositions les plus sages de nos anciennes coutumes; et tantôt, par de sublimes conceptions, ils ont créé des règles qui avaient échappé aux législateurs qui les ont précédés : ce n'est donc ni la traduction du Droit romain, ni le produit du Droit coutumier, ni une loi nouvelle dans toutes ses parties; mais un corps entièrement neuf, composé des maximes les plus sages, les unes nouvellement conçues, les autres déjà consacrées par l'expérience; toutes coordonnées avec méthode, et enchaînées dans un système convenable à notre état politique actuel.

Si, à vue de l'empreinte plus ou moins forte que ce Code a reçue, soit du Droit écrit, soit de nos mœurs coutumières, il était permis de le commenter par le Droit romain ou par les coutumes, sans l'étudier avec soin dans l'esprit qui lui est propre, nous aurions bientôt autant de jurisprudences diverses, qu'il y avait de différentes provinces en France, parce que chacun voudrait l'adapter à ses habitudes et y mêler ses anciens préjugés.

C'est donc dans le Code civil qu'il faut étudier le Code civil. Le comparer avec lui-même et avec les autres Codes qui l'ont suivi, pour nous en pénétrer; le com-

parer avec lui-même en l'enseignant aux autres, telle est la tâche que nous nous sommes efforcé de remplir.

Sans doute nous n'oserions nous flatter de n'avoir commis aucune erreur dans cette carrière toute nouvelle, sur une matière aussi difficile et que personne n'a traitée avant nous ; mais s'il s'en trouve dans cet ouvrage, les longues réflexions que nous avons mises à le concevoir, nous portent à croire qu'elles doivent être peu nombreuses, et c'est avec le sentiment de cette confiance que nous avons déféré aux invitations qui nous ont été faites de le soumettre à l'impression. Si le Public en juge favorablement, nous nous déterminerons peut-être à faire imprimer aussi successivement les autres parties de notre Cours, à mesure que le travail en sera terminé avec assez de maturité (1).

Nous avons beaucoup puisé dans les procès-verbaux

---

(1) L'auteur n'a pas donné suite entière au projet de publier un Cours complet de Code civil. Voici la liste de ses publications ultérieures :

Traité des Droits d'usufruit, d'usage, d'habitation et de superficie, 2e édition, 8 vol. in-8°. — Les trois derniers vol., relatifs à l'usage, aux servitudes réelles, ont été annotés et augmentés par M. Curasson, avocat à la Cour royale de Besançon.

Traité du Domaine public, ou *de la Distinction des biens* considérés principalement par rapport au domaine public ; 5 vol. in-8°.

Traité du Domaine de propriété, ou *de la Distinction des biens* considérés principalement par rapport au domaine privé ; 3 vol. in-8°.

du Conseil d'état, dont nous empruntons quelquefois jusqu'aux expressions : la lecture de ce recueil ne donne pas seulement la véritable intelligence du Code, mais elle commande le respect qui lui est dû à vue des motifs qui en ont dicté les diverses dispositions.

L'esprit du Code civil, publié par M. Locré, nous a été aussi d'un grand secours : si quelquefois nous n'avons pas cru devoir adopter les opinions de cet élégant historien du Code civil, nous n'en sommes pas moins pénétré d'estime pour son excellent ouvrage, dont on ne peut trop conseiller la lecture.

Nous avons exactement suivi l'ordre général des choses, tel qu'il est tracé dans le Code; mais nous n'avons pas adopté sur chaque titre la même série de chapitres, parce que le système doctrinal, que nous avons cherché à établir sur chaque matière, nous a souvent conduit à des divisions différentes.

PROUDHON.

COURS
DE
DROIT FRANÇAIS.

CHAPITRE PREMIER.

Notions générales sur la Loi et le Droit.

La loi, dans son acception générale, est la règle établie pour tous par l'autorité divine, ou, pour chaque corps de société, par l'autorité humaine, qui oblige les hommes à faire certaines choses, ou leur en défend d'autres (*a*).

La puissance publique dont émanent les lois positives, n'est établie que pour garantir la sûreté de tous, et protéger les droits de chacun.

(*a*) On a donné beaucoup de définitions du mot *loi*. Celle de l'auteur est moins vague que d'autres dans lesquelles on a embrassé jusqu'aux lois physiques ou du monde matériel. Un jurisconsulte peut même définir la loi d'une manière encore plus restreinte en ces termes : *la règle établie par la puissance publique*. On évite ainsi la nécessité de distinguer entre les lois *positives* et *non positives*.

Toute loi positive doit donc avoir pour but, la conservation du corps politique, le maintien de l'autorité qui le gouverne, et le bien général des membres qui le composent.

Elle doit être perpétuelle dans sa fin, puisqu'elle est destinée à conserver (*a*).

Elle doit être générale dans ses dispositions, puisqu'elle embrasse les intérêts de tous (*b*).

Ainsi, ce n'est que dans un sens impropre qu'on dit que le testament du défunt est la loi de ses héritiers, et que les conventions légalement consenties sont des lois pour les parties qui les ont souscrites (art. 1134 C. c.); parce que ces actes particuliers ne peuvent avoir le véritable caractère de la loi, qui doit être perpétuelle dans sa durée, générale dans ses dispositions, et frapper la masse du corps politique.

Par la même raison, quoique les ordres, les com-

(*a*) L'idée de *perpétuité* n'est pas essentiellement attachée à l'idée de *loi;* le législateur peut établir une règle en déclarant lui-même qu'elle ne sera obligatoire que pendant un certain temps. En outre la raison donnée par l'auteur nous paraît inexacte; en effet une loi temporaire, comme chez nous la loi annuelle sur la perception des impôts ou le recrutement de l'armée, peut servir à *conserver le corps politique.*

(*b*) On appelle abusivement *lois* tous les actes émanés du pouvoir législatif, tels que ceux qui accordent des récompenses nationales. Mais *le but définitif* vers lequel tendent ces actes quels qu'ils soient, est toujours l'intérêt général; ainsi, dans le cas dont nous parlons, le pouvoir législatif veut donner un encouragement aux actions de la nature de celles qu'il récompense.

mandements émanés de l'autorité légitime, les jugements rendus sur des affaires particulières, soient obligatoires comme la loi, parce que la loi veut qu'on les exécute, ils ne sont pas lois par eux-mêmes, dans le sens propre de cette expression.

Le terme de *droit*, qui nous vient du mot latin *dirigere*, est pris sous deux rapports principaux, tantôt pour la règle à laquelle nous devons nous conformer, tantôt pour la chose protégée par cette règle.

Le *droit*, considéré sous le premier rapport, n'est autre chose que la dénomination générique des lois elles-mêmes : c'est ainsi qu'en parlant du droit romain, on entend les lois romaines (*a*).

Le *droit*, envisagé sous le second aspect, n'a plus le même sens que la loi, mais il signifie la chose même dont la loi nous garantit la possession : tel est le *droit de propriété* (*b*).

(*a*) Il faut ajouter aux *lois* proprement dites les décisions des magistrats qui ont appliqué ces lois, et les travaux des jurisconsultes qui ont éclairé cette application. En un mot le *droit* est un ensemble de règles coordonnées entre elles, et formant un système scientifique.

(*b*) Le *droit* n'est pas la *chose ;* c'est une certaine faculté garantie par la loi. Cette faculté peut consister à retirer d'une chose une certaine utilité. S'il s'agit de l'utilité entière et complète que la chose peut procurer, on appelle cette faculté *droit de propriété*, ou simplement *propriété*. Au reste l'auteur lui-même (section 2 du chap., pag. 9) admettra que le mot *droit* signifie *faculté ;* mais il dira de nouveau que ce mot a la signification de *chose*. Nous nous expliquerons de nouveau sur cette synonymie.

SECTION I[re].

Du Droit pris dans le même sens que la Loi.

Le droit pris dans le même sens que la loi, est la collection des règles sur lesquelles l'homme doit diriger sa conduite.

On le divise, 1° en droit naturel et en droit positif.

Le droit naturel comprend l'ensemble des règles suivant lesquelles l'homme doit user de ses facultés et jouir des objets extérieurs, d'après l'impulsion du sentiment dirigé par la raison. Ce droit est divin, puisque les lois qui le composent n'ont d'autre auteur que l'Être suprême.

Le droit humain et positif comprend les lois portées par les hommes, et connues par les sens extérieurs (*a*).

2° On divise le droit en droit des gens et en droit civil.

Le droit des gens comprend les règles d'équité qui sont reconnues et communément observées chez tous les peuples policés (*b*).

(*a*) V. La note *a* de la page 1[re].

(*b*) Le mot *équité* est un mot assez vague, souvent employé et rarement défini. On entend communément par là une perception plus ou moins vague et non justifiée rigoureusement par l'observation et le raisonnement, tantôt du droit établi, tantôt du droit qu'il conviendrait d'établir.

Le droit civil, *jus civitatis*, résulte du code que chaque peuple s'est constitué en particulier (*a*).

Le droit des gens est de deux espèces : l'un primitif, et l'autre secondaire.

Le droit des gens primitif comprend les règles connues par la droite raison, et suivies chez les diverses nations, comme loi naturelle : telle est l'obligation d'être fidèle à ses engagements.

C'est de cette espèce de droit qu'on entend parler quand on dit que la vente, la société, le mariage, etc., etc., sont des contrats du droit des gens, parce que les obligations qui en résultent sont respectées chez toutes les nations policées, comme fondées sur la loi naturelle.

Le droit des gens secondaire, *jus inter gentes*, résulte des conventions expresses renfermées dans les traités de paix, d'alliance et de commerce, par les-

---

(*a*) L'auteur prend le mot *Droit civil* dans son acception primitive, dans celle que les Romains attachaient au mot *Jus civile;* mais nous devons avertir que dans l'usage des peuples modernes, on prend les mots *Droit civil* dans le sens de *Droit privé.* C'est ainsi que les Législateurs français ont nommé *Code civil* le recueil des lois privées françaises. Au reste ce mot *civil* a plusieurs autres significations pratiques, et c'est, comme l'a dit M. Blondeau après Bentham, un mot dangereux et souvent *un insigne faux-fuyant.* V. sur ce point, ainsi que sur la notion et les divisions du Droit en général, l'excellente introduction que M. Blondeau a placée en tête de sa *Chrestomathie.*

quels les nations se sont respectivement imposé différentes obligations les unes envers les autres.

Il résulte aussi des coutumes et usages réciproquement observés entre elles : usages dont le principe est, suivant l'auteur de l'Esprit des lois, que les nations doivent se faire pendant la paix, le plus de bien, et dans la guerre, le moins de mal possible, sans nuire à leurs véritables intérêts.

C'est en conséquence de ces usages que les sujets d'une nation sont, en temps de paix, reçus dans les ports de l'autre ; qu'ils y sont admis à l'exercice de tout commerce licite ; qu'ils ont la faculté de recourir aux Tribunaux pour forcer l'exécution des conventions qu'on a faites avec eux, et que les juges leur doivent rendre la même justice qu'aux nationaux (*a*).

3° On divise le droit civil en droit public et en droit privé.

Le droit public comprend les lois protectrices de la morale, du bon ordre, de la sûreté, et celles qui ont pour objet immédiat l'organisation du corps politique : telles sont les lois de police, sur la répression des délits ; celles qui défendent la polygamie, qui prohibent le mariage entre proches parents ; celles qui statuent sur la démarcation des autorités constituées ; celles qui soumettent la femme à l'autorité maritale, le fils mineur à la puissance paternelle, etc., etc.

(*a*) V. toutefois chap. XI, sect. 1, ce que dit M. Proudhon sur la condition des étrangers en France.

Le droit privé renferme les lois directement portées pour régler les intérêts pécuniaires des citoyens entre eux : telles sont les dispositions par lesquelles le Code règle la communauté d'intérêts entre les époux ; les obligations qui naissent des contrats ; les effets de la garantie ; les priviléges entre créanciers ; les hypothèques, etc., etc. (*a*).

La fin immédiate du droit public est l'avantage de la masse ; celle du droit privé regarde au contraire immédiatement les intérêts des particuliers, et c'est par là qu'on doit les distinguer.

Ces deux espèces de droits sont aussi différentes quant à leurs effets, que quant à leurs fins immédiates.

Dans tout ce qui appartient au droit public, les dispositions de la loi sont absolument indépendantes des conventions particulières, parce que nul ne peut

---

(*a*) Le *Droit public* règle la distribution des pouvoirs ; sous ce point de vue il se nomme proprement Droit *constitutionnel ;* en outre il détermine les relations des particuliers avec le corps social. Le *Droit privé* règle les relations des particuliers entre eux. Telle est habituellement l'acception qu'on donne à ces mots : aussi place-t-on dans le *Droit privé* les lois sur la puissance maritale et paternelle ; et c'est ce qu'ont fait entre autres les rédacteurs du Code. Ces dernières lois en effet ont pour but immédiat d'établir des rapports *privés*. On conçoit cependant qu'elles touchent de plus près à l'ordre général que les lois relatives aux intérêts *purement pécuniaires* des particuliers.

vouloir d'une manière efficace ce qui est contraire à l'ordre général. (Art. 6 C. c.)

Quand il est au contraire question du droit privé, les particuliers peuvent y déroger par leurs conventions, parce qu'il est libre à chacun de renoncer à une faveur introduite pour lui-même (*a*).

Il résulte de là que si un acte est nul comme offensant le droit public, toutes parties intéressées sont recevables à en proposer la nullité, à moins qu'une loi expresse n'en dispose autrement, parce que la faveur du droit public appartenant à tous, chacun peut s'en prévaloir; mais que si un acte est nul pour être contraire au droit privé, il n'y a que celui en faveur de qui la nullité est établie, qui soit habile à s'en prévaloir, puisqu'elle n'a été introduite que pour lui.

4° On divise le droit civil en droit personnel et en droit réel.

Le droit personnel, connu en jurisprudence sous la dénomination de *statuts personnels*, embrasse les lois qui règlent les qualités des personnes : telle est celle qui fixe la majorité.

Le droit réel, ou les *statuts réels*, se composent des lois qui disposent dès biens sans la volonté de

---

(*a*) Cette règle n'est pas absolue. Ainsi un vendeur d'immeubles ne peut pas, dans le contrat de vente, renoncer à l'action en rescision pour cause de lésion, action qui cependant est introduite dans son intérêt. (V. C. c., art. 1674.)

l'homme : telle est celle qui règle les successions *ab intestat* (*a*).

SECTION II.

Du Droit considéré comme objet de la Loi.

Le droit considéré sous ce rapport, a deux acceptions différentes, suivant qu'il est pris dans un sens actif, pour la faculté morale de disposer de ce qui nous appartient, comme quand on dit d'un père de famille, qu'il a *droit* de disposer du quart de ses biens à titre de libéralité ; ou suivant qu'il est employé dans un sens purement passif, pour la chose qui nous est due ou qui nous appartient, comme lorsqu'on dit qu'un fils revendique ses *droits* à la succession de son père (*b*).

Pris dans ce sens passif et matériel, le droit se divise en réel et personnel.

(*a*) Le Droit civil ne comprend pas seulement les lois réelles et personnelles, mais encore beaucoup d'autres lois, par exemple les lois sur la forme des actes et sur les preuves.

(*b*) Nous avons déjà dit que nous n'admettons pas cette seconde signification du mot *droit*. Ainsi prenons la phrase citée par l'auteur. Dire qu'un fils revendique ses droits à la succession de son père, c'est dire qu'il demande à faire reconnaître judiciairement la faculté qu'il a de disposer des biens compris dans la succession. Mais il ne faut pas confondre cette faculté avec les *choses héréditaires*.

Le droit personnel, *jus ad rem*, quoique tendant à l'obtention d'une chose, n'est dirigé que vers la personne qui doit la délivrer : il ne peut être exercé ou donner d'action que contre celui qui est personnellement obligé à la dette (*a*).

Le droit réel, *jus in re*, est au contraire inhérent à la chose, et produit une action réelle en vertu de laquelle le créancier ou le maître peuvent la suivre en quelque main qu'elle passe (*b*).

Ainsi, une simple convention par laquelle un homme s'oblige envers un autre, ne produit qu'une obligation personnelle, en vertu de laquelle le créancier ne peut actionner que la personne seule de son débiteur, ou celle des héritiers qui le représentent; mais au contraire, un contrat portant hypothèque, produit un droit réel sur la chose hypothéquée, en vertu duquel le créancier peut suivre cette chose et

---

(*a*) L'auteur abandonne lui-même la prétendue synonymie des mots *chose* et *droit ;* car puisque le droit personnel tend *à l'obtention de la chose*, évidemment il n'est pas la chose même.

La nécessité légale qui astreint le débiteur au profit du créancier s'appelle *obligation*. On peut donc considérer comme un pléonasme l'expression *personnellement obligé*, qui cependant se présente souvent dans le Code. (V. par exemple art. 2092.)

L'*action* est la réclamation faite en justice à l'occasion de la violation d'un droit antérieur.

(*b*) Par ces mots *le créancier*, l'auteur désigne le *créancier hypothécaire ;* cela résulte de l'alinéa suivant. L'hypothèque est un droit réel accessoire de la créance ou du droit personnel. (V. C c. art. 2114.)

la faire vendre pour obtenir son paiement, lors même qu'elle n'est plus entre les mains du débiteur, et que le possesseur actuel se trouve personnellement étranger à la dette (*a*).

Dans le cas de l'action personnelle, c'est au Tribunal du domicile du défendeur; dans celui de l'action réelle, c'est au Tribunal de la situation de l'immeuble que la contestation doit être portée; et si l'action est mixte, le demandeur a le choix entre ces deux Tribunaux. (Art. 59 du C. pr.) (*b*).

(*a*) L'auteur paraît distinguer la simple *convention* et le *contrat*, en ce que le contrat pourrait produire hypothèque et non la convention. Or, dans le langage des jurisconsultes, la convention est le consentement de plusieurs personnes dans le but d'arriver à un résultat légal quelconque. Le contrat proprement dit est la convention qui a pour but de créer une obligation. (V. Pothier, Traité des Obligations, n° 6, et C. c., art. 1101.) On pourrait donc, au contraire, appeler *contrat* la convention productive d'obligation, et *convention* l'accord de volontés d'où résulte l'hypothèque. L'auteur s'est peut-être préoccupé de l'usage où sont les praticiens de ne voir de contrat que là où se fait un acte notarié. (Comp. C. c. art. 2127.)

(*b*) Le texte de l'art. 59 du C. de pr. donne lieu à des difficultés. Un droit réel peut exister sur les meubles aussi bien que sur les immeubles; donc l'action réelle, dont le but est de faire reconnaître les droits réels, peut être relative aux meubles aussi bien qu'aux immeubles. C'est ce que paraissent avoir oublié les rédacteurs de l'art. 59; ils ont confondu les actions *réelles* et les actions *immobilières*. En outre il est difficile de démêler la signification qu'ils ont attachée aux mots *action mixte*. Nous n'entrerons pas dans une discussion sur ce point; la question appartient évidemment à un traité sur la procédure.

OBSERVATIONS.

On a proposé dans ces derniers temps de substituer à la division des droits en *réels* et *personnels (jus in re, jus ad rem)*, la division des droits en *absolus* et *relatifs*. Le droit absolu est celui qui existe à l'égard de tous. Le droit relatif est celui qui n'existe qu'à l'égard de certaines personnes déterminées. Ainsi le droit de propriété est un droit absolu; car il est opposable à tous les membres de la société. Le droit de créance est un droit relatif; car il n'existe que relativement au débiteur, et n'est pas opposable à d'autres.

CHAPITRE II.

De la Justice.

La *Justice*, comme le droit, a aussi, dans le langage vulgaire, des acceptions différentes; on la prend quelquefois pour ceux qui n'en sont que les organes : c'est dans ce sens qu'on dit qu'un homme a recours à la justice, lorsqu'il est obligé de s'adresser aux Tribunaux chargés de la rendre.

Mais la *justice*, dans son sens propre, est une vertu morale qui nous porte à rendre à chacun ce qui lui appartient.

Tout individu peut être envisagé soit relativement au corps social dont il est membre, soit relativement aux autres citoyens en particulier : de là naît la division de la justice en distributive et commutative.

La justice distributive est la vertu du gouvernement à l'égard des membres du corps social : elle s'exerce lorsque l'autorité publique protège également les droits et les propriétés de tous, et qu'elle distribue les récompenses ou qu'elle inflige les peines dans la proportion du mérite ou de la gravité des délits, sans acception de personne.

La justice commutative est la vertu des citoyens, comparativement les uns aux autres : elle consiste à rendre à autrui ce qui lui appartient, dans toute l'étendue de ses droits.

CHAPITRE III.

De la Jurisprudence.

La jurisprudence est la science pratique des lois; l'art d'en faire une juste application.

Les Romains l'ont appelée science des choses divines et humaines, connaissance du juste et de l'injuste, pour donner à entendre que rien ne doit être étranger aux connaissances du jurisconsulte dans tout ce qui regarde la législation et le droit (*a*).

(*a*) *Divinarum rerum notitia* signifiait très-probablement dans Ulpien, la connaissance des règles concernant la religion et surtout le culte extérieur. Tel était le droit *pontifical*, le droit *augural*, etc.

En résultat, tous les préceptes du droit et de la justice consistent à vivre honnêtement, ne blesser personne, et rendre à chacun ce qui lui appartient.

Vivre honnêtement; c'est-à-dire, se respecter soi-même, se rendre exempt de tous vices déshonorants, et éviter tous excès contraires à sa propre conservation.

Ne blesser personne; c'est-à-dire, ne commettre aucun attentat ni sur la personne, ni sur la réputation d'autrui.

Rendre à chacun ce qui lui appartient; c'est-à-dire, ne point souiller ses mains du bien des autres, ne point retenir injustement ce qui n'est pas à nous, n'agir que pour ce qui est conforme à l'équité, sans jamais favoriser l'injustice commise par autrui (*a*).

(*a*) Le premier de ces préceptes : (*vivre honnêtement*), tel que l'explique l'auteur, est du domaine de la morale et non du droit. Cette dernière science ne s'occupe que des règles sanctionnées par la puissance publique. Seulement le droit se rattache à la morale en ce sens qu'il ne permet pas que les particuliers, par des conventions ou d'autres manifestations de volonté, telles que les testaments, produisent des résultats légaux que la morale désavouerait. (V. art. 6, 900, 1131, 1132 et 1387.)

Nous aurions pu faire une remarque analogue sur le chapitre 2 tout entier. La mission du jurisconsulte est de déterminer quels sont les droits et les devoirs *légaux* de chacun, et non de rechercher quelles doivent être *les vertus* des gouvernements et des citoyens.

CHAPITRE IV.

Des effets de la Loi, et de sa promulgation.

Le premier effet des lois soit naturelle, soit positives, consiste à enchaîner les consciences sous le joug des obligations qu'elles imposent.

Les lois positives sont en outre armées d'une force coactive pour contraindre à leur exécution ceux qui refuseraient l'obéissance volontaire.

Mais comme nul n'est tenu d'exécuter un commandement, s'il ne l'a ni connu ni pu connaître, il en résulte que les lois ne peuvent produire le double effet dont on vient de parler, que du moment où elles ont été notifiées par une promulgation telle qu'on doive au moins en supposer la connaissance présumée.

La loi naturelle n'est promulguée que par le développement de la raison : ainsi, elle n'oblige ni l'enfant au berceau, ni celui qui est dans un état d'imbécillité ou de démence ; mais dès que le flambeau de la raison nous éclaire ; dès que nous apercevons les divers rapports de ce qui est bien ou de ce qui est mal ; dès que nous avons conçu l'idée du bon ordre et de ce qui lui est contraire, le Législateur suprême qui appesantit le remords sur le cœur du coupable, nous avertit assez des devoirs que sa loi nous impose.

A l'égard des lois positives, comme elles ne sont connues que par les sens extérieurs, c'est aussi aux

sens extérieurs qu'elles doivent être manifestées par une promulgation qui en garantisse l'authenticité et qui les rende notoires.

Elles sont exécutoires en France, savoir, dans le département de la résidence royale, un jour après, c'est-à-dire le surlendemain de la promulgation faite par le Roi; et dans les autres départements, après l'expiration du même délai, augmenté d'autant de jours qu'il y a de fois dix myriamètres ou vingt lieues entre la ville où la promulgation est faite, et le chef-lieu de chaque département (art. 1 C. c.), suivant que ces distances sont déterminées par l'arrêté du Gouvernement du 25 thermidor an XI (1).

OBSERVATIONS.

L'auteur paraît confondre la *promulgation* avec la *publication*. Ces deux termes étaient effectivement confondus dans l'ancienne langue du droit; mais ils ont été presque toujours distingués depuis le décret de l'Assemblée Constituante du 9 novembre 1789. *La promulgation* est aujourd'hui l'acte par lequel le chef de l'Etat atteste au corps social l'existence de la loi et enjoint aux agents de l'autorité publique de tenir la main à son exécution. (V. Constit. du 5 fruct. an III, art. 130; Constit. du 22 frim. an VIII, art. 41; Sén.-Cons. du 28 flor. an XII, art. 140; Charte de 1814, art. 22, et de 1830, art. 18. « Le Roi seul sanctionne et promulgue les lois. »)

(1) Voyez Bull. 312, n° des lois 3149, tom. 8, pag. 929, 3ème. sér.

L'art. 1er du Code civil déclare que les lois sont *exécutoires en vertu de la promulgation qui est faite par le Roi.*

La publication est le moyen employé pour faire réellement connaître la loi au public. D'après la loi du 14 frim. an II, art. 9, la publication devait *être faite dans chaque lieu à son de trompe ou de tambour.* — D'après la loi du 12 vendémiaire an IV, la publication, dans chaque département, résultait de la distribution faite au chef-lieu de ce département du bulletin officiel où la loi était contenue. — Enfin, suivant l'art. 1er du Code civil, la publication ne consiste plus que dans une présomption résultant de ce qu'il s'est écoulé un certain délai depuis le jour de la promulgation ; ce délai varie suivant la distance qui existe entre le chef-lieu de chaque département et le siège du gouvernement où la promulgation a lieu. (V. au surplus Merlin, Rép. de jur., V° loi, § 4.)

Le système établi par l'art. 1er Cod. civ., n'offrait pas d'inconvénient à l'époque où écrivait l'auteur. En effet à cette époque la proposition du Gouvernement devenait loi par le décret du corps législatif ; jusqu'au dixième jour après l'émission du décret, le tribunat pouvait le déférer au sénat pour cause d'inconstitutionnalité, et le sénat pouvait l'annuler. Si le tribunat n'avait pas exercé ce recours dans les dix jours, le chef du Gouvernement promulguait la loi. « Un délai de dix jours, dit M. Portalis, précède la promulgation, et pendant ce délai la loi circule dans toutes les parties de l'Empire. » Chacun pouvait calculer facilement à quelle époque une loi devenait obligatoire, puisque la promulgation avait lieu après un délai fixe écoulé depuis la confection de la loi. (V. Const. de l'an VIII, art. 37.)

La charte de 1814 vint changer cet état de choses. L'art. 22 de cette charte (aujourd'hui art. 18) attribue au Roi le droit, non plus seulement de *promulguer* la loi, mais encore de la *sanctionner.* La *sanction* qui appartenait déjà au chef de l'Etat sous l'empire de la constitution de 1791 et qui avait disparu sous les régimes suivants, est réellement un acte du pouvoir législatif. *Sanctionner* un projet de loi déjà voté par une assemblée ou des

assemblées législatives, c'est le transformer définitivement en loi. Ainsi aujourd'hui une loi votée par les deux chambres, eût-elle même été proposée par le Roi, ne devient loi qu'en vertu de sa sanction. Quant à la promulgation, elle est restée ce qu'elle était antérieurement, un acte du pouvoir exécutif; mais depuis 1814, la sanction et la promulgation ont lieu par un seul et même acte. Ce système dénature la sage disposition de l'art. 1er du Code civil, combiné avec l'art. 37 de la constit. de l'an VIII; en effet on ne peut plus calculer à l'avance quel jour une loi sera promulguée, et la promulgation se révèle tout à coup au public en même temps que la sanction que le Roi est toujours libre de refuser ou de donner quand il lui plaît. On aurait pu éviter cet inconvénient en faisant de la sanction un acte public et bien distinct, par exemple en la donnant au sein des chambres à la manière anglaise. La loi se trouvant ainsi parfaite, la promulgation aurait eu lieu nécessairement dix jours après, et la présomption légale de publicité, conformément à l'article 1er du Code civil, aurait été aussi rationnelle que sous les régimes précédents.

Aux termes d'une ordonnance royale du 27 novembre 1816, la promulgation des lois résulte de leur insertion au bulletin officiel (art. 1); mais le point de départ des délais mentionnés dans l'art. 1er du Code civil est fixé au moment où ce bulletin a été reçu de l'imprimerie royale par le ministre de la justice, qui constate sur un registre l'époque de la réception. Cette ordonnance aggraverait encore le mal, en rendant tout à fait occulte le point de départ dont il s'agit, si l'on n'avait pas soin (ce que l'on fait toujours maintenant, bien que l'ordonnance ne le prescrive pas) d'indiquer au bas de chaque numéro du bulletin l'époque où l'exemplaire a été reçu à la chancellerie.

On s'est demandé comment on devait faire le calcul des distances lorsqu'il se rencontre une fraction de dixaine de myriamètres? Nous pensons que cette fraction doit être négligée, notre art. 1er n'accordant d'augmentation que d'autant de jours qu'il y a de fois

dix myriamètres d'un lieu à un autre. La présomption admise est que la loi peut parcourir en un jour toute distance qui est moindre de 20 myriamètres. C'est ainsi que le calcul a été fait dans un Sénatus-consulte du 15 brumaire an XIII. Nous devons cependant ajouter qu'une ordonnance du 7 juillet 1824 l'a fait au contraire conformément à l'opinion qui compte la fraction comme une dixaine complète.

Enfin il fut reconnu, lors de la discussion, que le Gouvernement pourrait, suivant le besoin des circonstances, pourvoir à une exécution plus prompte de la loi. (V. quant aux règles à observer en ce cas, l'ordonnance du 27 novembre 1816, art. 4, modifiée par celle du 17 janvier 1817.

Remarquez que le lieu de la *résidence royale* est le lieu *où siège le Gouvernement*, expressions employées dans la première édition du Code. Remarquez en outre qu'on a fort mal à propos appliqué aux ordonnances le mode de publicité adopté pour les lois (V. ordonnances du 27 novembre 1816 et du 17 janvier 1817) ; mais c'était la conséquence logique du système abusif suivi depuis la Charte de 1814 en matière de promulgation. Le système suivi sous l'Empire était bien plus rationnel. Ecoutons ce que disait M. Proudhon (édition de 1810) sur les décrets impériaux relativement à la publication des décrets impériaux.

A l'égard des décrets impériaux, comme ils sont préparés et rendus avec moins de publicité que les lois émanant du Corps législatif, ils ne sont obligatoires dans chaque département, que du jour où le bulletin a été distribué au chef-lieu; quant à ceux qui ne sont point insérés au bulletin, ou qui n'y sont indiqués que par leur titre, ils sont obligatoires du jour qu'il en a été donné connaissance aux personnes qu'ils concernent, soit par publication, affiches,

signification, ou envois faits par les fonctionnaires publics chargés de l'exécution. (1)

De ce que la loi doit être publiée pour devenir obligatoire, il en résulte qu'elle ne peut disposer que pour l'avenir, et qu'elle n'a point d'effet rétroactif (art. 2 C. c.); car en reportant son action à un temps antérieur à sa date, ce serait nécessairement la supposer obligatoire avant qu'elle n'eût été connue, et, ce qui n'est pas moins absurde, ce serait supposer un effet préexistant à sa cause (*a*).

(*a*) On donnera plus loin de longues explications sur cette règle si célèbre et pourtant si obscure, que *la loi n'a pas d'effet rétroactif*. Mais quand même cette règle n'aurait jamais été posée, quand même les lois seraient toutes entachées de ce que l'on a appelé *le vice de rétroactivité*, justement reproché à plusieurs lois révolutionnaires, il n'en résulterait nullement que certains effets légaux pussent être *préexistants à leur cause*. En effet il est de toute évidence qu'une loi, quelle qu'elle soit, ne régira jamais que l'avenir, et que les faits accomplis sont hors de la puissance non seulement de l'homme, mais de Dieu même.

Non ideo tamen
Diffinget, infectumque reddet
Quod fugiens semel hora vexit.
(Hor.)

Il faut se défier de ces formules métaphysiques qui, au fond, n'expliquent rien en droit. Nous allons voir bientôt qu'une loi est dite *rétroactive* lorsqu'elle détruit des attentes très-fortes conçues

(1) Voyez l'avis du Conseil d'état, approuvé par l'Empereur le 25 prairial an 13 (14 juin 1805), bull. 48, n° des lois 812, tom. 3, pag. 225, 4eme. sér.

Mais quoique l'effet ne puisse naître avant, il peut subsister après sa cause : c'est pourquoi les lois abrogées, se survivant en quelque sorte à elles-mêmes, dans les effets qu'elles ont produits, sont encore obligatoires pour l'exécution de tous les engagements souscrits sous leur empire.

La loi nouvelle ne dispose que pour l'avenir : on doit donc, dans son application, respecter les droits précédemment acquis; autrement ce serait lui donner un effet rétroactif.

Pour résoudre les difficultés nombreuses que fait toujours naître le choc de deux législations dont l'une prend la place de l'autre, il est nécessaire de rappeler quelques principes sur la manière dont les lois disposent des choses.

Toute loi a pour objet ou le règlement des qualités de la personne, ou celui de ses actions, ou enfin la dévolution de ses biens.

OBSERVATIONS.

On doit, d'après M. Proudhon, *dans l'application d'une loi nouvelle, respecter les droits précédemment acquis ;* autrement

---

sous l'empire des lois antérieures, et qu'elle produit ainsi *pour l'avenir* des effets auxquels les sujets de la loi ne devaient raisonnablement pas s'attendre. Une loi pareille peut être l'objet d'une juste critique; mais c'est comme désastreuse, comme portant le trouble dans la société, et non comme renfermant un non sens ou une *absurdité*. (V. les observations et les notes suivantes.)

ce serait lui donner un effet rétroactif. Mais qu'est-ce qu'un *droit acquis?* C'est là une question grave et difficile sur laquelle nous devons faire quelques observations.

L'art. 2 du Code paraît, au premier abord, présenter le sens suivant : Une loi nouvelle n'enlève pas à des faits accomplis les conséquences qu'ils devaient avoir aux termes de la loi existante à l'époque où ils se sont passés, et ne donne également à ces faits aucunes conséquences nouvelles. En d'autres termes, une loi ne change rien aux conséquences d'un fait accompli, ni pour y ajouter, ni pour en retrancher.

Cette proposition dans toute son étendue serait inadmissible en pratique, puisqu'il n'est aucune loi qui ne vienne modifier, sous quelque rapport, certaines conséquences plus ou moins éloignées de faits antérieurs ; on doit donc nécessairement limiter l'application de ce principe. Mais quelles conséquences la loi nouvelle pourra-t-elle raisonnablement modifier? Quelles conséquences au contraire devra-t-elle respecter et conserver dans tous leurs développements, dans toutes leurs ramifications? C'est ce qui nous reste à examiner.

La loi nouvelle étant nécessairement considérée par le Législateur comme meilleure que l'ancienne, est faite pour remédier aux abus ou aux imperfections de celle-ci. On devrait donc lui donner les effets les plus complets, et réformer, par son application même, les résultats qui découlaient des faits accomplis aux termes des lois antérieures, si l'on ne craignait de jeter la perturbation dans la société en enlevant aux particuliers des attentes très-fortes, sur la réalisation desquelles ils avaient eu juste sujet de compter. Cette crainte seule détermine à respecter des attentes de cette nature.

On devra donc appliquer la loi nouvelle d'une manière absolue, et sans égard aux lois antérieures :

1° Toutes les fois qu'on pourra le faire sans que personne en éprouve de préjudice. Peu importera dans ce cas la date des faits dont il s'agira de déduire les conséquences légales. Nous aurons notamment à faire l'application de cette première règle aux lois pénales.

2° Toutes les fois que le préjudice causé par l'application de la loi nouvelle ne sera que la perte d'une attente extrêmement faible, surtout si cette application doit procurer un très-grand bien.

Des considérations de différente nature devront être pesées, lorsqu'il s'agira d'apprécier si l'attente était assez forte pour qu'elle dût être respectée. Par exemple on considérera comme une attente très-faible, celle qui peut être détruite par l'effet d'une volonté étrangère : telle est l'attente de celui qui est en voie de prescrire; car un acte émané du créancier ou du propriétaire suffit pour détruire cette attente. (V. C. civ., art. 2244, 2245.)

Telle est encore l'attente d'un légataire dont le legs peut être révoqué au gré du testateur (art. 845). Il en est tout autrement de l'attente de celui au profit duquel une obligation a été contractée.

La circonstance qu'une attente peut être cédée et transférée à d'autres personnes sera un motif à prendre en considération en cette matière. En effet ce serait gravement troubler la société, que de détruire des attentes qui peuvent intéresser à la fois un très-grand nombre de cessionnaires. Ce motif, joint à celui qui a été donné au précédent alinéa, déterminera invinciblement à respecter les attentes conçues par le propriétaire ou le créancier même conditionnels, tandis qu'on n'aura point égard à l'espérance de l'héritier présomptif d'une personne vivante. Le premier pouvait aliéner ses bénéfices éventuels, ce qui est interdit au second. (V. C. civ., art. 791, 1130 et 1600.)

On aperçoit aisément à combien de questions délicates peut donner lieu l'application de l'art. 2 du Code. Entre les attentes très-fortes et les attentes très-faibles, il y a beaucoup de nuances intermédiaires sur lesquelles il peut être fort difficile de se prononcer.

Sous l'empire de la constitution du 5 brumaire an 3, la non-rétroactivité des lois était un principe constitutionnel, c'est-à-dire une règle imposée au législateur lui-même. « Aucune loi ni criminelle ni civile ne peut avoir d'effet rétroactif » (Déclaration des droits, art. 14). Un principe aussi vague, aussi élastique, posé

par le pouvoir constituant, pouvait ouvrir la porte à de graves collisions entre les divers pouvoirs publics, et à des résistances anarchiques. On aurait pu s'élever contre le législateur et lui reprocher d'avoir violé la constitution, toutes les fois qu'il n'avait pas assez habilement démêlé quelles attentes pouvaient être détruites, quelles autres devaient être maintenues. Aussi le principe de *non-rétroactivité* n'a-t-il plus été écrit dans les constitutions postérieures à celle de l'an III; et dès-lors les lois dites *rétroactives* n'ont jamais pu être considérées comme inconstitutionnelles. Mais toutes les fois qu'une loi sera muette sur les faits antérieurs à sa promulgation, le juge devra l'interpréter en ce sens, qu'elle n'a pas voulu détruire les attentes d'une nature telle, que leur anéantissement serait une cause de froissement et de désordre. Cette appréciation, comme nous l'avons dit, sera souvent très-difficile, et le Code aurait bien fait de déterminer ce qui doit être rangé dans la classe de ce que nous appellerons, avec la plupart des jurisconsultes, *droits acquis*, et ce qui doit être rejeté dans la classe des *simples espérances* non protégées par le principe de notre article.

Il est bien entendu que dorénavant nous nommons *droits acquis*, les attentes très-fortes qui méritent d'être respectées; *lois rétroactives*, les lois qui détruisent ces attentes; et *rétroactivité*, cette destruction opérée par des dispositions de lois.

Les bornes de cet ouvrage ne nous permettent pas de donner de grands développements à la théorie de l'effet rétroactif. Mais nous recommandons à nos lecteurs la dissertation de M. Blondeau, doyen de la faculté de droit de Paris, sur l'*effet rétroactif*; nous y avons puisé, en grande partie, après MM. Merlin et Dalloz, la théorie présentée dans ces notes. (Cette dissertation, plusieurs fois réimprimée et augmentée, se trouve insérée avec ses derniers développements dans le tome 7 de la Thémis).

SECTION Ire.

Règlement des qualités de la personne.

Une première vérité, c'est que les lois qui régissent les qualités civiles des personnes; qui fixent la majorité ou la minorité; qui établissent la puissance paternelle et l'autorité maritale; qui attachent la capacité de se marier ou de tester, à tel ou tel âge; qui établissent les conditions de légitimité d'état d'époux et d'épouse, de père, mère et enfant, et autres de cette nature, appartiennent nécessairement au droit public, puisqu'elles règlent l'organisation sociale (*a*).

Une autre vérité non moins constante, c'est que les objets sur lesquels ces lois portent, ne sont point à la disposition des particuliers, parce que nul ne pourrait devenir majeur ou mineur (art. 1307 C. c.), capable ou incapable de tel ou tel acte., père, époux ou fils légitime, par aucune convention particulière, sans être dans le rang et la condition impérieusement marqués par les lois; comme nul ne pourrait aliéner sa liberté contre le vœu de la loi, par l'engagement de ses services personnels à vie (art. 1780 C. c.), ou par la stipulation de la contrainte par corps, hors des cas déterminés dans le droit (art. 2063 C. c.) (*b*).

(*a*) V. la note *a* sur la page 5.

(*b*) L'auteur déclare que nul ne peut devenir époux par aucune convention particulière, sans être dans le rang et la condition im-

De ces deux principes aussi incontestables l'un que l'autre, il résulte que les qualités civiles de la personne ne peuvent jamais sortir du domaine de la loi, puisqu'elles ne sont point dans la disposition de l'homme, et que d'ailleurs la loi qui les régit, appartenant au droit public, est tellement impérieuse que nul individu ne peut y déroger.

---

périeusement marqués par les lois. Il est évident qu'on en pourrait dire autant des résultats d'une convention quelconque. Il faut, pour la validité de toute convention, la réunion des conditions légales. Toutefois on conçoit que la loi laisse plus de latitude aux particuliers pour celles qui n'ont qu'un rapport éloigné avec l'intérêt général.

L'auteur, dans le même alinéa, dit que nul ne peut devenir majeur ou mineur par une convention particulière, et cite à l'appui de cette proposition l'art. 1307; mais cet article n'a pour objet que de trancher une question autrefois controversée. On s'était demandé si la déclaration de majorité faite frauduleusement par un mineur pour déterminer une autre personne à contracter, n'était pas un délit. Or un mineur (art. 1310) n'est pas restituable contre les engagements résultants de son délit. On a tranché la question dans l'intérêt du mineur; mais si à cette déclaration venait s'ajouter la production d'un faux acte de naissance, cette machination constituerait un dol d'une nature telle, que la restitution serait refusée au mineur.

L'auteur ajoute que nul ne peut *aliéner sa liberté par l'engagement de ses services personnels à vie.* Nous remarquerons que la loi ne voit pas dans le louage de services une aliénation de liberté, car on ne peut pas plus aliéner sa liberté pour un temps que pour toujours; la loi défend cette convention, pour protéger le domestique contre l'imprévoyance qui le porterait à souscrire un pareil engagement.

Mais la loi ne peut cesser d'être la maîtresse absolue de ce qui reste toujours essentiellement dans son domaine : le législateur peut donc le changer et le modifier à son gré, pour l'avenir, sans qu'on puisse dire qu'il ravisse à personne aucun droit acquis dans une matière où rien ne peut sortir du domaine du souverain qui dispose.

Ainsi, chaque fois qu'il s'agit d'un acte quelconque, non consommé par la translation d'un droit, effectuée sous la loi ancienne, et que la validité de cet acte se trouve subordonnée à telle ou telle qualité civile dans la personne, c'est uniquement à la loi nouvelle qu'on doit s'attacher pour régler la capacité de la personne, à l'effet de connaître si l'acte est valable ou non.

C'est sur ces principes qu'on doit décider :

1° Qu'après la publication du Code, l'homme ne peut plus se marier avant dix-huit ans, et la femme avant quinze ans révolus, lors même qu'à l'époque de cette publication ils auraient eu le *droit acquis* de se marier en vertu de la loi du 20 septembre 1792, qui le permettait à quinze ans pour les hommes, et à treize pour les femmes; que pareillement il ne serait plus permis à l'oncle d'épouser aujourd'hui sa nièce (sans permission du Roi, C. c. art. 160 et 164, et loi 16, avril 1832), quoiqu'auparavant il en eût eu le droit sous la loi précitée de 1792; parce que la loi, maîtresse absolue des qualités de la personne, peut sans cesse les modifier, et soumettre sa capacité

à de nouvelles conditions qui n'étaient point précédemment exigées (*a*).

Mais si, dans l'un et l'autre de ces cas, le mariage avait été contracté avant la promulgation du Code, conformément à la loi qui l'a précédé, la nouvelle législation n'y apporterait aucune atteinte, parce que ce serait un acte consommé ; acte qui aurait produit un droit acquis aux époux par l'aliénation réciproque de leurs facultés ; acte qui ne pourrait plus être anéanti sans effet rétroactif.

2° Qu'aujourd'hui nul ne peut plus tester, s'il n'a seize ans révolus (art. 903 C. c.), quoique avant le Code il eût déjà acquis la capacité de disposer à cause de mort, par l'âge de quatorze ans révolus pour les hommes, ou de douze pour les femmes; et que tout testament fait par une personne déjà capable de tester, serait aujourd'hui sans effet, si le testateur décédait avant l'âge nouvellement requis pour pouvoir transmettre à ce titre, parce qu'ici l'acte n'aurait été consommé, en temps habile, que dans la régularité de

---

(*a*) Les mots *droit acquis* sont pris ici par inadvertance dans un sens impropre. Dans la théorie de la *non-rétroactivité*, le *droit acquis* est l'attente qui est assez forte pour qu'une loi postérieure ne soit pas présumée avoir voulu y porter atteinte. Si tel est le sens des mots *droit acquis*, il en résulte que la capacité de se marier n'est pas un *droit acquis*. On ne peut considérer comme tel que le droit de famille résultant d'un mariage contracté; c'est ce que l'auteur va dire lui-même dans l'alinéa suivant.

sa forme et non dans la translation des biens, l'héritier n'ayant aucun droit acquis et n'étant saisi de rien, tant que le testateur est vivant.

3° Qu'une femme mariée avant le Code et qui se serait réservé ses biens en paraphernaux, ne pourrait plus aujourd'hui les aliéner ou hypothéquer, ni paraître en justice pour contester sur cette espèce de propriété, sans l'autorisation de son mari (art. 1576 C. c.), quoiqu'en pays de droit écrit, elle eût été auparavant considérée comme émancipée, pour la jouissance et la disposition de cette espèce de biens; mais que toute aliénation qu'elle aurait faite, toute hypothèque qu'elle aurait précédemment consentie, devraient recevoir leur exécution, nonobstant la loi nouvelle, parce qu'il y aurait transmission de droit acquis à des tiers (*a*).

4° Que toute femme peut aujourd'hui tester, sans autorisation de son mari (art. 226 C. c.), nonobstant qu'elle aurait été mariée sous une coutume, comme celle de Bourgogne, exigeant cette autorisation, puis-

---

(*a*) Remarquons que l'art. 1576 qui défend à la femme d'aliéner ses biens paraphernaux sans autorisation, ne doit s'appliquer qu'aux biens immeubles. Il est évident que la loi n'a voulu qu'assimiler la femme mariée sous le régime dotal, relativement à ses paraphernaux, à la femme séparée de biens des pays coutumiers. Or, d'après l'art. 1536, la femme séparée de biens conventionnellement est seulement incapable d'aliéner *ses immeubles*, et l'art. 1449 reconnaît formellement à la femme séparée judiciairement le droit *de disposer de son mobilier et de l'aliéner*.

qu'elle est relevée par le Code (art. 905 C. c.) de l'incapacité dont elle était frappée par l'ancienne loi municipale, et que le mari ne peut avoir aucun droit contraire, les dispositions de dernière volonté n'ayant d'effet qu'après la dissolution du mariage.

5° Que dans toute la France, la femme et le mari peuvent aujourd'hui faire, au profit l'un de l'autre, toute libéralité qui ne blesserait point la réserve légale (art. 1064, 1096 C. c.), sans s'être réservé cette faculté dans leur traité nuptial, nonobstant qu'ils auraient été mariés sous une coutume prohibitive de semblables dons, parce que les héritiers présomptifs n'étant point saisis du vivant des époux, ne peuvent avoir le droit de se plaindre de ce que la loi nouvelle accorde à ceux-ci la faculté de disposer au profit l'un de l'autre.

Mais, dans les deux cas dont on vient de parler, le testament de la femme non autorisée, ainsi que la libéralité d'un époux au profit de l'autre, faits avant la promulgation du Code, resteraient toujours nuls comme actes de personnes incapables au temps de leur confection.

6° Enfin, que les mineurs qui étaient âgés de moins de quinze ans révolus, et qui étaient *sui juris*, sont, après la publication du Code, retombés sous la tutelle de leur mère, pour tous actes postérieurs à cette publication ; mais sans porter atteinte aux négociations antérieurement consommées.

Vainement dirait-on que l'article 390 du Code,

portant qu'après la dissolution du mariage la tutelle des enfants mineurs et *non émancipés* appartient de plein droit au survivant des père et mère, veut, par là même, que les enfants *émancipés* ne retombent pas sous la tutelle de la mère, après le décès du père.

Cette objection n'attaque point le principe que nous avons établi, car l'émancipation dont il est parlé dans ce texte, ne peut être que celle qui est permise par le Code; or, suivant l'article 477, le mineur ne peut être émancipé, par ses père et mère, qu'à l'âge de quinze ans révolus, d'où il faut conclure que celui qui n'est pas encore parvenu à cet âge, étant déclaré par le Code incapable de l'émancipation, doit retomber sous la tutelle de sa mère.

En un mot, l'émancipation met obstacle à ce que le mineur, qui a plus de quinze ans, retombe sous la puissance de sa mère, parce que la loi lui permet alors d'être *sui juris*; mais si, ayant moins de quinze ans révolus, il avait été émancipé sous l'ancienne loi, il doit retomber sous la tutelle maternelle, parce que la loi ne lui permet plus aujourd'hui d'être *sui juris* à cet âge (*a*).

(*a*) L'expression *sui juris*, dans la langue des jurisconsultes romains, désigne celui qui est libre de toute puissance paternelle ou dominicale.

L'auteur suppose qu'un mineur, ayant été émancipé par son père dans un pays où le père avait la faculté d'émanciper ses enfants, même avant l'âge de quinze ans, ce père est venu à décé-

OBSERVATIONS.

L'auteur en cherchant une base à sa théorie en ce qui touche les lois relatives *aux qualités des personnes*, pose d'abord cette règle : les lois concernant l'état des personnes intéressent l'ordre public ; donc le législateur se réserve toujours et nécessairement le pouvoir de les modifier à son gré Si l'on voulait suivre les conséquences de ce principe, il en résulterait que le législateur pourrait, sans être accusé de *rétroactivité*, modifier ou détruire l'état des personnes, par exemple, enlever les qualités de français, d'époux, de père, de fils, etc. ; et que ces divers états ne constitueraient pour personne ce que nous avons appelé *des droits acquis*. Mais l'auteur abandonne lui-même cette idée. Il reconnaît que l'état d'une personne constitue souvent pour elle un *droit acquis*, c'est-à-dire une attente qui doit être respectée.

Ainsi M. Proudhon admet (page 28, 2e alinéa), qu'une nouvelle législation sur le mariage doit être interprétée comme ne portant aucune atteinte à un mariage contracté sous l'empire d'une ancienne loi. Et quel motif en donne-t-il ? c'est qu'il s'agit dans cette hypothèse *d'un acte consommé qui a produit un droit acquis aux époux par l'aliénation réciproque de leurs facultés*. Et cependant il avait déjà dit plus haut, que les qualités civiles de la personne ne peuvent jamais sortir du domaine de la loi.

D'un autre côté, qu'importe à la question de rétroactivité la circonstance que la matière dont s'occupe la loi nouvelle intéresse à un haut point la société, et se rattache au *droit public*. Certes,

---

der. Peut-être entend-il également supposer que l'enfant a été libéré de la puissance paternelle par la mort de son père, dans un pays de droit écrit où la mère ne succédait pas à cette puissance. (V. au surplus sur les dispositions de l'ancien droit en cette matière, le nouveau Denizart, v° *Emancipation*.)

les lois pénales sont bien de cet ordre, et ce sont les lois qu'on a le plus de répugnance à regarder comme rétroactives au préjudice des particuliers.

On ne peut non plus fonder une théorie relative à l'état des personnes, en se fondant sur ce que les qualités constitutives de cet état *ne sont pas dans la disposition de l'homme*. Sans doute il est incontestable, et nous l'avons dit nous-même dans nos observations générales, qu'on doit être d'autant plus disposé à ménager des attentes connues, que le bénéfice de ces attentes avait pu être aliéné par l'effet des conventions ou autres actes de disposition. Mais il ne faudrait pas conclure de là qu'il ne puisse exister des attentes très-fortes et très-respectables, fondées sur des droits auxquels il est défendu de renoncer par des conventions. Il faut souvent décider tout le contraire, lorsque précisément c'est la haute importance de certains droits qui a décidé le législateur à les mettre à l'abri des volontés capricieuses de l'homme. Ainsi un mariage contracté n'est pas, quant à son existence, livré à la discrétion des époux. Dira-t-on que ce mariage n'a pas dû faire naître des attentes assez fortes pour être ménagées par une loi postérieure, qui réglerait des conditions nouvelles pour la validité de l'union conjugale.

Ainsi encore, nul ne peut soumettre à la contrainte par corps, hors les cas expressément déterminés par la loi. (V. art. 2063.) Faut-il en conclure que l'on ne doit pas respecter l'attente conçue par le débiteur, de n'être pas soumis à la contrainte par corps, aux termes de la loi sous l'empire de laquelle il a contracté son obligation? Non évidemment.

Nous pensons donc, en nous résumant, que les deux propositions sur lesquelles M. Proudhon fonde sa théorie de *la non rétroactivité* appliquée à l'état des personnes, ne peuvent fournir de règles sûres et convenables. Au reste, si nous différons avec lui d'opinion sur les principes, nous arriverons aux mêmes conséquences relativement aux exemples qu'il donne; nous allons tâcher de faire à ces divers exemples, l'application des idées exposées plus haut dans nos observations générales sur l'effet rétroactif.

D'après le principe que nous avons posé, il faut appliquer la loi ancienne aux faits qui se sont accomplis sous son empire, quand l'application de la loi nouvelle blesserait les attentes très-fortes, et jetterait ainsi le désordre dans la société.

Appliquons ce principe aux exemples de l'auteur : 1° la loi fixe de nouvelles conditions d'âge pour pouvoir contracter mariage. Cette loi nouvelle, destinée à corriger les vices de l'ancienne, doit être incontestablement appliquée aux personnes qui voudraient se marier à l'avenir : l'espérance où elles étaient avant la loi nouvelle de pouvoir s'unir conformément aux prescriptions de l'ancienne loi, espérance que mille circonstances pouvaient faire évanouir, ne doit pas être considérée comme une attente qu'un législateur sage doive respecter. Il en est autrement d'un mariage célébré. On conçoit quelle perturbation résulterait pour la société d'une loi qui détruirait des unions déjà formées ; les inconvénients d'une telle loi ne seraient certainement pas rachetés par ses avantages.

2° Une loi qui augmentera ou restreindra la puissance maritale, devra s'appliquer aux personnes déjà mariées à l'époque où cette loi sera rendue. En effet, des modifications apportées à la puissance maritale ne peuvent être de nature à causer une perturbation telle qu'on doive en restreindre l'application aux mariages postérieurs ; et on peut même dire que les époux auront en ce cas d'autant moins sujet de se plaindre, que la loi sera ou est présumée devoir être conçue dans l'intérêt bien entendu de celui-là même auquel elle paraîtra défavorable.

3° La loi dont l'application replacera en tutelle celui qui en avait été affranchi sous l'empire d'une loi précédente, ne produira aussi que des résultats utiles. En effet, cette loi n'a d'autre but que de protéger celui qu'elle prive de l'exercice de ses droits ; or on ne concevrait pas qu'une loi rendue dans l'intérêt d'une personne, détruisît des attentes légitimes de cette même personne, ou, en d'autres termes, que celle-ci eût un *droit acquis* à ne pas être protégée contre sa faiblesse et son inexpérience.

4° Enfin, en ce qui touche les lois sur les testaments, celles

qui enlèvent la capacité de tester à des personnes qui en étaient antérieurement investies, n'enlèvera que des attentes assez faibles, et dont la perte n'entraîne aucune perturbation grave. Quant aux lois qui au contraire accordent la faculté de tester à des personnes qui ne l'avaient pas antérieurement, elles détruisent sans doute par leur application certaines espérances conçues par les héritiers *ab intestat*. Mais l'espérance de la succession d'un homme vivant est une espérance assez faible, soumise à bien des éventualités, et qui d'ailleurs ne peut être mise dans le commerce; elle peut être détruite sans qu'il en résulte de graves inconvénients.

SECTION II.

Règlement des Actions de l'homme.

Les actions de l'homme peuvent être considérées soit par rapport aux règles de la morale et aux lois de police, soit par rapport aux effets civils que les lois y attachent pour acquérir ou aliéner le domaine des choses (*a*).

Sous le rapport de la morale, toutes les actions contraires au droit naturel n'excitent pas la vengeance des lois civiles : ici le législateur abandonne au jugement suprême, tout ce qu'il ne regarde pas comme troublant assez l'ordre social, pour devoir être livré au tribunal des hommes; et comme une action qui serait permise, même commandée, dans un temps, par la loi civile, pourrait, en d'autres circonstances, être contraire à l'ordre établi, et conséquemment criminelle, il en

(*a*) Ajoutez : pour créer ou éteindre des obligations.

résulte que nul ne peut être puni qu'en vertu d'une loi promulguée antérieurement au délit, et qu'on ne doit donner aucun effet rétroactif à la prohibition de la loi, en l'appliquant aux actions précédemment consommées, parce qu'autrement on pourrait punir quelqu'un pour un fait licite, et peut-être même commandé dans le temps où il a eu lieu, ce qui serait le comble de l'injustice (*a*).

(*a*) Ce principe a été proclamé par l'article 4 du Code pénal de 1810. L'auteur ne s'explique pas sur la question de savoir ce qu'on devrait décider, si la loi nouvelle était moins sévère que la loi sous l'empire de laquelle le fait a été commis. Il faut incontestablement appliquer la loi nouvelle; car, d'après notre principe, la loi la plus récente, faite pour corriger les abus ou les imperfections de l'ancienne, doit servir à tirer de nouvelles conséquences des faits accomplis, toutes les fois que cette application rétroactive ne doit pas jeter le trouble dans la société, en lésant de graves intérêts. Or ici l'unique *partie intéressée* est la société, dont les organes ont reconnu qu'elle n'avait aucun intérêt à maintenir la rigueur de l'ancienne pénalité. Au reste, cette solution se trouve formellement consacrée dans le décret du 23 juillet 1810, qui ordonne la mise en activité du Code pénal, et qui s'exprime ainsi dans son art. 6 : « Si la nature de la peine prononcée par le nouveau Code pénal était moins forte que celle prononcée par le Code pénal actuel, les codes et tribunaux appliqueront les peines du nouveau code. » Le Code pénal des deux Siciles (art. 60) a une disposition analogue ainsi conçue : « Aucun crime ne peut être puni de peines qui n'étaient pas prononcées par la loi avant qu'il fût commis. Néanmoins si la peine établie au temps du jugement et celle établie au temps du crime sont différentes, on appliquera toujours la peine la plus douce. »

Enfin dans le cas où la législation pénale est adoucie ou suppri-

En ce qui concerne les actes civils, sous le rapport des effets attachés à telle ou telle forme extérieure, c'est aussi toujours la loi sous l'empire de laquelle ils ont été passés, qu'il faut consulter, abstraction faite de tout danger de fraude par antidate, parce que c'est à cette loi-là seule que les parties ont pu et dû se conformer, et non pas à celle qui n'a été portée que depuis.

Mais comme, d'une part, l'acte revêtu de toutes les formalités exigées par la loi qui en régit la passation, est entièrement achevé et consommé dans sa forme extérieure; et comme, d'autre côté, la validité de cet acte est une et indivisible, qu'elle doit s'étendre à tous les temps comme à tous les lieux, il en résulte que, valable dans son principe, il a produit sous ce rapport un effet qui doit subsister tant qu'il n'aura pas été annulé par les voies ordinaires; mais qu'il est hors des atteintes de la loi nouvelle qui établit d'autres formalités, parce qu'on ne pourrait, sans lui donner un effet rétroactif, reporter son empire sur des formes consommées avant sa promulgation.

C'est par application de ce principe que, par un

---

mée depuis le jugement de condamnation, on peut se demander si on doit exécuter ce jugement, ou bien si, au contraire, il faut soit l'adoucir soit le réputer non avenu, conformément à la loi nouvelle. Je pense qu'il faut prendre ce dernier parti, et que, même dans ce cas, la loi nouvelle doit être seule observée. Pourquoi en effet appliquer des peines dont l'inutilité a été légalement reconnue? Nous devons dire toutefois que M. *Merlin* est sur ce dernier point d'une opinion opposée.

avis du Conseil d'état, approuvé de S. M. le 4 complémentaire an 13, il a été décidé que les grosses des contrats délivrées avant le sénatus-consulte du 28 floréal an 12, peuvent être mises à exécution sous la formule exécutoire dont elles ont été revêtues au moment de leur confection, sans qu'il soit nécessaire d'y ajouter la nouvelle formule prescrite par l'article 141 de ce sénatus-consulte (1) (*a*).

Ainsi, une donation ou un testament faits, ou un mariage célébré avant la publication du Code, et revêtu des formalités voulues par la loi ancienne, sont aujourd'hui également valables, sous le rapport de la forme, quelques changements que le Code ait introduits pour les actes de même espèce.

Ici nous ne distinguons plus entre le testament qui n'avait produit aucun droit acquis à l'héritier, du vivant du testateur, et la donation qui avait saisi le donataire, sous la loi ancienne; parce qu'il ne s'agit ni de la capacité du disposant, ni de l'irrévocabilité de l'acte, mais seulement de la régularité de sa forme extérieure, et que sous ce rapport tout est consommé (*b*).

(*a*) Le sénatus-consulte du 28 floréal an XII est le sénatus-consulte organique de l'Empire. Nous n'avons pas besoin de dire que la formule prescrite par cet acte a disparu avec le régime impérial. Toutefois le principe posé par l'avis du Conseil d'état est de nature à être appliqué dans tous les cas analogues.

(*b*) Une loi qui, en prescrivant de nouvelles formes pour les tes-

(1) Voyez bull. 61, n°. des lois 1072, tom. 4, pag. 67, 4ᵉ. sér.

Ainsi encore, on doit décider qu'une donation mutuelle, faite entre époux, par le même acte, avant la publication du Code, est toujours valable, nonobstant que les époux seraient encore vivants, et que par l'art. 1097, les libéralités sous cette forme leur soient aujourd'hui défendues autrement que par contrat de mariage; parce que cette prohibition de la loi nouvelle, n'étant nullement relative à la capacité des époux pour se donner mutuellement, n'a trait

---

taments, ordonnerait que les testaments faits précédemment par des personnes encore vivantes seraient refaits dans ces nouvelles formes, ne pourrait être l'objet d'une critique sévère. Car d'une part l'espérance conçue par les légataires, nous l'avons montré, ne constitue jamais ce qu'on appelle un *droit acquis;* et d'autre part le testateur peut assez facilement tester de nouveau. Cependant on ne présumera guères que le législateur ait attaché un intérêt tel aux formes nouvellement établies, qu'il ait entendu imposer aux testateurs la gêne résultant de la nécessité où ils seraient de refaire leurs testaments. En outre ce serait une sorte de surprise à l'égard de ceux qui se seraient informés, à l'époque de la confection de leur testament, des formes qu'ils devraient observer. Ajoutons que plusieurs d'entre eux pourraient être surpris, soit par la mort, soit par la perte de leurs facultés intellectuelles, avant d'avoir pu se mettre en règle conformément aux prescriptions de la nouvelle loi. On peut enfin pour notre solution argumenter par voie d'analogie de l'art. 999 du Code civil. D'après cet article, le Français qui a fait son testament en pays étranger d'après les formes étrangères, n'est pas tenu de le recommencer, lorsqu'il est de retour en France; de même, peut-on dire, celui qui a testé sous l'empire d'une loi ancienne n'est pas tenu de le refaire sous l'empire d'une loi nouvelle.

qu'au mode ou à la forme extérieure de l'acte, mode qui ne peut être régi que par la loi du temps où l'acte a été fait.

Il faudrait décider autrement, si le Code civil avait rendu les époux incapables de recevoir des libéralités l'un de l'autre, parce que les donations faites entre eux, devant être confirmées par la mort, comme les testaments, le donataire n'aurait point été saisi avant l'incapacité de donner et de recevoir, survenue; conséquemment la défense de la loi rendrait la donation sans effet, comme le testament du mineur âgé de moins de seize ans, dont nous avons parlé dans la section précédente.

Suivant l'art. 1325 du Code, les actes sous seing privé qui contiennent des conventions synallagmatiques, ne sont valables qu'autant qu'ils ont été faits en autant d'originaux qu'il y a de parties ayant un intérêt distinct, et chaque original doit contenir la mention du nombre qui en a été fait. Quoique cette règle soit conforme à la jurisprudence de quelques arrêts des anciennes cours, néanmoins aucune loi ancienne ne l'avait prescrite : on peut même dire qu'en cela, le Code a formellement dérogé à la loi romaine qui autorisait les contrats synallagmatiques, quoiqu'ils ne fussent consentis que par simples lettres qui ne peuvent être des actes doubles : *consensu fiunt obligationes in emptionibus, venditionibus, locationibus, conductionibus, societatibus, mandatis.... undè inter absentes quoque talia ne-*

gotia contrahuntur : veluti per epistolam (1). Que doit-on donc décider aujourd'hui d'une convention synallagmatique non faite en double écrit, mais souscrite avant la publication du Code ?

La prohibition de la loi nouvelle ne tombe ici que sur la forme ; le *jus quaesitum* en vertu d'un écrit précédemment valable, doit donc être respecté (*a*).

SECTION III.

Réglement de la dévolution des biens.

Il y aurait effet rétroactif à l'égard des biens, si dans l'application de la loi nouvelle qui dispose du patrimoine de l'homme, on allait jusqu'à ravir des droits précédemment acquis à un tiers.

C'est surtout ici que les difficultés se multiplient : pour les résoudre par des conséquences justes, posons d'abord des principes évidents.

Toute convention légalement formée, toute disposition entre-vifs régulièrement stipulée, opèrent *nécessairement* une obligation et une mutation de droit, entre les parties contractantes, dès l'instant

---

(*a*) On sent en effet qu'une des attentes les mieux fondées, est celle de pouvoir établir son droit par les moyens de preuve admis à l'époque où le droit a été acquis ; un système contraire détruirait toute sécurité.

(1) L. 2, ff. *de obligat. et act.*, lib. 44, tit. 7.

même que le contrat est consenti et a reçu sa perfection dans la forme (*a*).

Nous disons que la mutation de droit, ou le *vinculum juris*, sont *nécessairement* opérés par toute convention valable, parce qu'il n'y aurait plus de contrat là où il serait permis à l'une des parties de ne pas vouloir ce qu'elle aurait promis, *illam autem stipulationem* SI VOLUERIS DARI? *inutilem esse*

(*a*) A la rigueur, le mot *convention* peut convenir à la *donation* proprement dite, qui ne se forme que par le concours de la volonté du donateur et de celle du donataire (V. C. c., art. 938); réciproquement dans un *contrat à titre onéreux* qui transfère la propriété ou confère une créance, les parties font des *dispositions entre-vifs*. Mais l'auteur s'est conformé au langage peut-être vicieux des rédacteurs du Code civil, qui réservent l'expression de *disposition entre-vifs* pour les donations, et celle de *convention* pour les actes à titre onéreux. Au reste, à la fin même de l'alinéa, M. Proudhon prend le mot *contrat* (ou *convention*) dans le sens générique que nous venons d'indiquer. En ajoutant, dans le même passage, que toute convention opère nécessairement *une obligation*, il ne prend pas le mot obligation dans le sens qu'on lui donne habituellement en droit. L'obligation, dans le langage de la science, est la nécessité légale imposée à une personne, de faire quelque chose ou de s'abstenir d'un certain fait dans l'intérêt d'une autre personne. Mais il y a des conventions qui n'ont pas pour effet légal la création des obligations, et dont le résultat est au contraire de les éteindre: telle est la remise conventionnelle d'une dette (V. C. c., art. 1285); telle est aussi la dation en paiement. (Comp. art. 1243). La convention peut aussi opérer une transmission de propriété, sans aucun mélange d'obligation, comme lorsque je consens à vous transférer sans garantie la propriété d'un objet dont vous êtes actuellement détenteur.

constat (1), et que la simple condition potestative imposée à celui qui s'oblige, fait elle-même disparaître toute idée d'une convention valable. (Art. 1174 C. c.) (*a*).

Cette première vérité donne lieu à une conséquence non moins évidente, c'est qu'il faut toujours se reporter au principe et à la cause du contrat, pour en déterminer l'exécution, *uniuscujusque enim contractûs initium spectandum et causam* (2), parce que la mutation de droit et le *vinculum juris* ayant

---

(*a*) Il est de toute évidence qu'il n'y aura pas d'obligation, si l'on est convenu qu'il n'y en aurait pas. On peut donc s'étonner qu'un législateur ait imaginé de consacrer un article exprès (l'art. 1174), à proclamer une vérité aussi naïve.

Il faut se rappeler qu'on a copié ici des passages de jurisconsultes romains, qui s'occupant des contrats verbaux ou formés par paroles, faisaient observer que les formes de la stipulation étaient inutiles, si le promettant avait dans la réponse employé des termes tels qu'il ne pouvait être lié. Mais une pareille remarque, bonne dans un ouvrage de doctrine, ne devrait pas être consacrée dans une loi. N'en tirez pas la conséquence qu'on doive annuler la convention dont les résultats sont dépendants d'un fait que le promettant peut faire arriver ou empêcher.

Si par exemple vous m'avez promis une somme pour le cas où vous irez dans telle ville, vous êtes lié envers moi, car, pour vous dispenser de payer la somme convenue, vous *êtes contraint* de vous abstenir d'aller dans la ville indiquée.

(1) L. 46, § 3, ff. *de verbor. ob.*, lib. 45, tit. 1.

(2) L. 8, *in fine princip.*, ff. *mandat.*, lib. 17, tit. 1, et L. 12, ff. *ad S. C. Macedon.*, lib. 14, tit. 6.

eu lieu au moment de l'acte, on ne pourrait y ajouter sans étendre l'effet hors de sa cause, ni y retrancher sans priver la cause de son effet ; il faut donc absolument se conformer, dans l'exécution, à l'esprit dont on fut animé dans le principe, *nam hoc servabitur quod initio convenit* (1) : c'est ainsi qu'on se reporte toujours au moment du contrat, soit pour apprécier l'étendue de l'obligation de la délivrance (art. 1609 et 1614 C. c.), soit pour vérifier le fait de la lésion (art. 1675 C. c.) (*a*).

La même chose a lieu dans les obligations éventuelles, parce que la condition accomplie a un effet rétroactif au jour auquel l'engagement a été contracté

(*a*) La pensée de l'auteur est qu'on doit se reporter à l'époque de la convention, pour déterminer l'intention des parties. Cette idée est exacte ; toutefois sans vouloir discuter longuement sur les textes des jurisconsultes romains, nous ferons une remarque sur la l. 23, ff. *de reg. jur.*, le dernier des fragmens cités par l'auteur : *nam hoc servabitur quod initio convenit.* En droit romain, dans les conventions qui donnaient naissance à des actions *bonæ fidei*, on validait les pactes qui avaient été faits au moment du contrat ; quant aux pactes subséquents, ils n'étaient pas exécutés s'ils tendaient à augmenter l'obligation primitive. Ulpien disait donc avec raison, *nam hoc servabitur quod initio convenit.* Chez nous au contraire, on exécutera toutes les conventions qui modifieront un contrat fait antérieurement (V. comme exception l'art. 1395), et il n'y a plus à distinguer entre *id quod initio* et *id quod ex post facto convenit.*

(1) L. 23, ff. *de regul. jur.*

(art. 1179 C. c.); ou plutôt cette règle qui veut que la condition rétroagisse, n'est que l'application du même principe qui nous reporte toujours au moment du contrat.

Cette doctrine n'est pas seulement relative aux conventions expresses; elle régit également les effets des conventions tacites et des quasi-contrats, sur lesquels il est nécessaire de rappeler encore ici des notions précises.

Tous les hommes qui peuvent s'engager ne sont pas également éclairés; la providence du législateur a dû suppléer à l'imprévoyance des uns, et surveiller les entreprises des autres : d'ailleurs, pour rendre plus uniformes les mœurs et les usages de ceux qui sont destinés à vivre ensemble, comme encore pour laisser le moins d'arbitraire possible dans la démarcation de leurs intérêts, on a dû établir des règles communes à tous, pour déterminer les obligations dérivant de tel ou tel fait, ou attachées à tel ou tel contrat : alors la loi stipule pour l'homme, ou plutôt l'homme est censé stipuler ce qui est porté dans la loi, et on doit le réputer écrit dans le contrat, comme si les parties l'y avaient réellement exprimé, *nam in contrahendo quod agitur, pro cauto habendum est* (1), parce que voulant faire un acte conforme au droit commun, elles ne peuvent avoir d'autre intention que celle de se soumettre aux obligations respectives qui y sont

(1) L. 3, ff. *de rebus creditis*, lib. 12, tit. 1.

écrites; elles veulent donc tacitement ce qui est dans la loi, puisqu'elles confondent leur volonté avec la sienne, *sed etiam tacitè consensu, convenire intelligitur* (1). Toutes ces suites de conventions, dit Domat, sont comme des pactes tacites et sous-entendus *qui en font partie* (2); c'est là ce que nous appelons ou quasi-contrats, ou conventions tacites, suivant la nature des choses dont il peut être question.

Ainsi, celui qui accepte une succession, sans faire inventaire, s'oblige *ultra vires*, comme s'il s'était expressément soumis à en payer toutes les dettes (art. 802 C. c.); de même celui à qui l'on confère la tutelle se trouve personnellement obligé d'administrer, en bon père de famille, le patrimoine du pupille (art. 450 C. c.), et ses biens sont frappés d'hypothèque (art. 2121 C. c.), du jour de l'acceptation de la tutelle (art. 2135 C. c.), comme s'il y en avait eu une convention expresse pardevant notaire (*a*).

(*a*) Il ne faudrait pas donner à ces derniers mots un sens qui était fort loin de la pensée de l'auteur, savoir : qu'on pourrait stipuler une hypothèque générale par convention notariée. Aujourd'hui l'hypothèque conventionnelle est en principe spéciale, sauf la dérogation mentionnée dans l'art. 2130, (comp. 2129); dans l'ancien droit au contraire, la règle de la *spécialité* en matière

(1) L. 2, ff. *de pactis*, lib. 2, tit. 14.
(2) Part. 1, liv. 1, tit. 1, sect. 3, n° 1.

C'est par suite de ce même principe consigné dans un grand nombre de lois anciennes, et consacré de nouveau par le Code, que les conventions obligent non-seulement à ce qui y est exprimé, mais encore à toutes les suites que l'équité, l'usage ou la loi donnent à l'obligation d'après sa nature (art. 1135 C. c.); qu'on doit suppléer les clauses qui y sont d'usage, quoiqu'elles n'y soient point exprimées (art. 1160 C. c.); que dans les contrats synallagmatiques la condition résolutoire est toujours sous-entendue, pour le cas où l'une des parties ne satisferait pas à son engagement (art. 1184 C. c.); que dans la vente la garantie est due, quoiqu'on n'ait fait aucune stipulation à ce sujet (art. 1626 C. c.); que quand la chose vendue et livrée produit des fruits ou autres revenus, l'acheteur doit l'intérêt du prix non payé, sans qu'on s'en soit exprimé dans le contrat (art. 1652 C. c.); que le fermier ordinaire peut sous-louer (art. 1717 C. c.), tandis que le colon partiaire ne le peut (art. 1763 C. c.), sans qu'on en ait fait la réserve; que pour le règlement d'intérêts des personnes mariées, l'adoption du régime dotal suffit pour conférer au mari les revenus de la dot de la femme (art. 1549 C. c.); que dans le silence des époux, c'est le régime communal qui forme leur traité par

---

hypothécaire n'existait pas ; l'hypothèque générale résultait même de plein droit de tout acte notarié.

l'effet duquel il y a, entre eux, tradition et communication respective de la propriété de leur mobilier présent et à venir (art. 1401 C. c.), comme s'ils s'en étaient fait une donation réciproque et expresse (*a*).

Nous pourrions pousser cette énumération beaucoup plus loin, mais cela serait inutile, puisqu'il ne s'agit que de démontrer le principe, et non pas d'en indiquer toutes les applications : nous observerons seulement encore que c'est surtout à l'acte de mariage que la loi a toujours attaché les obligations tacites les plus importantes et les moins contestables.

Lorsque deux époux se marient sans réglemens de leurs intérêts, ils sont censés adopter les disposi-

---

(*a*) Nous ferons remarquer que l'expression *régime communal* souvent employée par l'auteur n'est guères usitée; on dit habituellement *régime de la communauté*.

L'auteur paraît assimiler le régime de la communauté à la clause par laquelle les époux se seraient fait une donation réciproque de leurs meubles présents et à venir.

Cette assimilation serait loin d'être exacte, car s'il y avait donation même *réciproque*, on devrait appliquer à ces libéralités les règles ordinaires sur la détermination de la réserve attribuée aux enfants et aux ascendants de l'époux donateur, et sur l'action en réduction dont est passible l'époux donataire (V. art. 1094); tandis que les bénéfices résultants au profit d'un époux de l'établissement du régime en communauté, ne peuvent être critiqués et réduits que sur la demande des enfants que l'autre époux a eus d'un premier lit. (V. les art. 1496 et 1527.)

tions de la loi qui statue sur cet objet; et c'est comme si, paraissant devant un notaire, ils lui en faisaient copier le texte, pour leur tenir lieu de contrat.

Les pauvres qui ne peuvent, ou ceux qui ne veulent fournir aux dépenses d'un traité nuptial, en trouvent aujourd'hui toutes les clauses dans le régime communal que la loi stipule pour eux (art. 1393 C. c.), en sorte que tout autre contrat leur devient inutile, s'ils ne veulent déroger aux dispositions renfermées dans ce réglement général; et comme toutes conventions matrimoniales, lorsqu'on veut en faire d'expresses, doivent être rédigées avant le mariage (art. 1394 C. c.), il en résulte que les obligations tacites de ceux qui n'ont point souscrit d'autres contrats, sont, pour eux, aussi immuables, que le seraient les conventions les plus expresses, puisqu'ils ne peuvent plus y déroger, ni s'associer sous d'autres conditions.

Les quasi-contrats et les conventions tacites opèrent donc la même translation de droit et le même *vinculum juris*, que les conventions expresses, et rien n'est mieux démontré que cette maxime, *eadem vis est taciti ac expressi;* d'où nous devons conclure qu'à l'égard des uns comme à l'égard des autres, c'est une règle générale et constante, que, pour en déterminer les effets, c'est toujours au principe qu'on doit remonter, *uniuscujusque enim contractûs initium spectandum et causam;* c'est-à-dire, en

d'autres termes, que c'est la loi qui a régi la formation du contrat, qui doit aussi en régir l'exécution.

Pour mieux sentir toutes les applications que nous avons à faire de ce principe, il faut remarquer encore comme une chose bien essentielle à ne pas perdre de vue, que quand un individu contracte valablement, les droits qu'il aliène et qui sortent de son domaine, ne peuvent plus se retrouver sous la main de la loi quand elle vient se saisir du patrimoine de l'homme pour en disposer; qu'ainsi, par exemple, ce qui a été aliéné par une personne en son vivant, n'étant plus dans ses biens, ne saurait faire partie de sa succession après son décès, et se trouve par là même nécessairement placé hors du domaine de la loi qui régit cette succession.

Il résulte de là qu'en se reportant au moment de la confection du contrat, c'est-à-dire, à l'époque où la translation des droits a été consommée entre les parties, tout ce qui est alors sorti du domaine de l'homme, ne peut plus se retrouver dans celui de la loi nouvelle survenue depuis, et que conséquemment on doit exécuter l'obligation suivant les règles anciennes.

Nous terminerons cette discussion préalable en observant qu'elle n'a aucun trait aux dispositions de dernière volonté, parce que, du vivant du testateur, l'héritier testamentaire n'est saisi d'aucun droit.

OBSERVATIONS.

En résumé, la doctrine de l'auteur consiste à dire que la loi nouvelle n'enlevera aux particuliers ni droits de propriété ni droits de créance. On peut facilement faire rentrer cette proposition dans la théorie générale que nous avons présentée. En effet les droits de propriété et de créance ne font pas naître une espérance légère de profiter des bénéfices qu'ils procurent; et nous rappellerons une considération accessoire qui vient encore protéger de pareils droits, c'est qu'ils ont pu être l'objet d'une infinité de transmissions, et que le mal produit par leur destruction pourrait atteindre un très-grand nombre de personnes.

La distinction que M. Proudhon établit entre les conventions et les testaments, peut aussi se rattacher à l'une des idées que nous avons émises. L'attente conçue par une personne est très-faible, avons-nous dit, lorsque cette attente dépend absolument de la volonté d'une autre personne, qui peut à son gré l'altérer ou la détruire. On conçoit donc parfaitement que du vivant du testateur, le légataire soit réduit à une simple *espérance*, qu'une loi nouvelle peut anéantir sans être entachée de *rétroactivité*. Mais si le testateur est mort, il y a pour le légataire ce que nous avons appelé *droit acquis*.

Il y aurait cependant quelque doute pour le cas où il s'agirait d'un legs conditionnel, en supposant que la loi nouvelle fût rendue après la mort du testateur, mais avant l'événement de la condition. (V. art. 1040.) On pourrait croire qu'avant cet événement il n'y a pas de *droit acquis ;* mais on sent bien que le légataire avait dû concevoir l'attente la plus complète de profiter personnellement du legs, pour le cas où l'événement prévu se réaliserait. Ce droit conditionnel ne dépendait plus de la simple manifestation d'une volonté contraire, et d'ailleurs il pouvait être aliéné par le légataire. Personne ne soutiendrait qu'une loi nouvelle dût être appliquée rétroactivement, pour enlever à quelqu'un le bénéfice d'un usufruit établi conditionnellement par acte entre-vifs ; bien que cet

usufruit dût s'éteindre sans avoir été d'aucune utilité pour l'usufruitier, si ce dernier venait à décéder avant l'accomplissement de la condition. (V. art. 617.) En résumé, une propriété ou une créance *condi ionnelle* sont de véritables droits qui font partie de notre patrimoine et augmentent notre fortune, et dont nous pouvons disposer à titre gratuit ou onéreux, tandis que l'espoir de recueillir un legs en vertu du testament d'une personne vivante n'est point une partie de notre fortune, peut disparaître au gré de la volonté mobile (*ambulatoria*) du testateur, et enfin ne peut être transmis par nous à d'autres personnes.

Abordons actuellement quelques-unes des nombreuses questions qui se présentent chaque jour à résoudre sur cette matière :

1° Comment doit être liquidée la communauté des époux dont le mariage a été contracté avant, mais dissous depuis le Code ?

Si les époux ont réglé leurs intérêts par un traité nuptial, ils n'ont pas d'autres règles à suivre dans l'exécution; s'il n'y a point eu de conventions expresses entre eux, ce sont les articles de la coutume du domicile marital, qui constituent les clauses de leurs conventions tacites; ils sont pour eux comme s'ils les avaient fait transcrire par le notaire, pour leur servir de contrat.

Ainsi, à supposer que le mariage ait eu lieu sous une coutume réduisant la communauté aux acquêts seulement, sans y confondre le mobilier propre des époux, on doit prélever, avant tout partage, les apports en meubles, en commençant par ceux de la femme, nonobstant la disposition du Code qui con-

fond le mobilier des époux dans la masse des acquêts.

Ainsi encore les rentes constituées, qui, comme meubles, tombent aujourd'hui en communauté, mais qui étaient réputées immeubles dans diverses coutumes, doivent rester propres aux époux, puisque la loi de leur association les avait réservées pour eux.

Il en est de même de la liquidation des dettes et des reprises de toute nature, ainsi que des partages de fruits et de toutes autres parties accessoires de la société, parce qu'il ne s'agit que d'exécuter ce qui a été convenu dans le principe, *nam hoc servabitur, quod initio convenit.*

2° La plupart des coutumes accordaient un douaire à la veuve ; le Code civil ne lui accorde aujourd'hui d'autres gains de survie, que les frais de son deuil (art. 1481, 1570 C. c.) : la femme mariée sans contrat avant la révolution, sous une coutume qui donnait un douaire, peut-elle l'exiger, si elle est devenue veuve seulement depuis le Code ?

La constitution du douaire coutumier fut une convention tacite du mariage ; la femme n'est censée s'être mariée qu'à cette condition ; si elle n'a point exigé qu'il fût fait un contrat devant notaire à ce sujet, c'est parce qu'elle savait que la loi y avait pourvu.

D'autre côté, après la célébration du mariage, cette libéralité tacite a été tellement acquise à la femme, qu'il eût été aussi impossible au mari de la révoquer, que s'il l'avait consignée d'une manière expresse dans un contrat.

La femme a eu, dès l'instant de son mariage, le droit de faire tous actes conservatoires : elle aurait été fondée à se présenter dans la discussion des biens de son mari, pour demander que les créanciers postérieurs à elle ne touchassent que sous caution et à charge de rapport, le cas échéant où le douaire serait ouvert à son profit.

Elle a pour son douaire la même hypothèque tacite, que pour la répétition de sa dot; elle a donc à cet égard la qualité de créancière, parce que nulle hypothèque ne peut exister sans une créance.

Cette hypothèque avait même tant de faveur, que, suivant l'article 32 de l'édit de 1771, elle n'était pas purgée par les lettres de ratification obtenues, sans opposition, avant l'ouverture du douaire.

Il y a donc eu aliénation irrévocablement consommée de la part du mari, au profit de la femme; donc le montant du douaire était éventuellement sorti du domaine de l'homme; donc la loi nouvelle qui se saisit de la succession du mari pour la distribuer à ses héritiers, n'y trouve le montant du douaire que comme une dette qu'elle charge elle-même ses héritiers de payer.

3° Suivant la disposition de plusieurs coutumes, et conséquemment dans plusieurs provinces, la mort civile du mari ne donnait point ouverture au douaire de la femme : il en est autrement aujourd'hui, pour toute la France, d'après l'art. 25 du Code; que doit-on décider à cet égard, si le douaire a été constitué

sous une de ces coutumes, et que le mari ait été frappé de mort civile depuis la promulgation du Code ?

Les héritiers *ab intestat* du mari n'avaient, sur ses biens, avant sa mort civile, aucun droit acquis au préjudice duquel la loi nouvelle n'ait pu disposer : ils ne tiennent cette succession que du Code : si elle était déférée par l'ancienne coutume, elle appartiendrait peut-être à d'autres héritiers : ils n'ont donc pour titre que la disposition du Code : ils ne peuvent donc retarder le paiement du douaire, puisque leur titre les condamne à le payer actuellement.

4° Dans le cas d'une donation inofficieuse faite sous l'ancien ordre de choses, si le donateur a survécu à la publication du Code, le retranchement doit-il avoir lieu seulement dans la mesure de la légitime ancienne, et non dans la proportion plus forte de la réserve légale établie aujourd'hui ?

Le donataire a été saisi dès le moment de la donation ; il a eu un droit acquis : après la mort du donateur, la loi nouvelle qui régit sa succession, n'a pu trouver dans son patrimoine, ce qui en était sorti par une aliénation valable : ne pouvant distribuer aux héritiers que ce qui s'y trouve, elle ne peut rien retrancher de ce qui n'y est plus ; autrement ce ne serait pas de la succession du donateur mort, mais des biens du donataire vivant, qu'elle disposerait ; il faut donc faire le retranchement d'après la légitime an-

cienne, parce que c'est ce seul retranchement qui fut tacitement sous-entendu dans la donation.

Dans le cas même d'une simple institution contractuelle, il faudrait encore le décider ainsi, puisque cette espèce de disposition est absolument irrévocable; que celui qui l'a faite, ne peut plus aliéner à titre gratuit les biens sur lesquels elle porte, et que le retranchement plus fort de la réserve légale, n'étant autre chose qu'une libéralité, ou un pur bénéfice accordé aux *enfants* par la loi nouvelle, est d'une nature toute contraire aux aliénations à titre onéreux qui restaient seules permises à l'auteur de la libéralité, pour pourvoir à ses besoins et au roulement de ses affaires.

Vainement dirait-on que la légitime tombant à la charge du donataire ou de l'institué, était, par sa nature, une dette éventuelle, susceptible de plus ou de moins, toute renvoyée au futur, et ne pouvant être ni connue ni fixée qu'à la mort du donateur, époque à laquelle seulement il y a ouverture à l'exercice de ce droit.

Il est vrai que la légitime n'est ouverte qu'au décès, parce qu'elle n'est due qu'après la mort des père et mère; que cette dette mise à la charge du donataire ou de l'institué, est susceptible de plus ou de moins, suivant le nombre des enfants; qu'elle est conditionnelle et subordonnée à la survie des légitimaires; mais il est vrai aussi que l'accomplissement de toute condition expresse ou tacite qui modifie un contrat, rétroagit

et se reporte toujours à la date même de la convention (art. 1179 C. c.), parce que c'est de là que dérive toujours l'obligation; il faut donc en revenir au même genre de légitime qui aurait été délivrée à l'époque de l'institution, si elle avait été ouverte alors, puisque tous les principes nous forcent à remonter à cette époque, pour apprécier l'exécution des engagements qui y ont été pris.

Pour rendre encore cette vérité plus sensible, supposons que, la législation étant demeurée la même sur ce point, l'instituant eût voulu, après son contrat, augmenter le taux des légitimes pesant sur l'institué, et les porter jusqu'au montant de la réserve légale établie par le Code : il est incontestable que tous ses efforts pour déroger ainsi à son institution, auraient été inutiles; que c'est en vain qu'il aurait voulu dire que la dette de l'institué étant susceptible de plus ou de moins, il lui avait été permis de lui donner cette extension : on lui aurait répondu qu'on ne pouvait sortir de l'espèce de légitime stipulée dans le contrat, pour lui substituer une autre espèce imprévue et à laquelle personne n'avait pu penser dans le temps, et cette réponse serait sans réplique. Or, si l'instituant n'a pas pu lui-même augmenter le taux des légitimes dont il s'agit, donc toute faculté, tout droit d'augmentation ont été par lui aliénés; donc la loi ne peut pas les augmenter elle-même, puisqu'elle ne peut révoquer des droits irrévocablement aliénés au profit des tiers.

C'est ainsi que le droit de restreindre la libéralité, ou de la révoquer en partie, comme celui de la révoquer en totalité, étant sorti du domaine de l'homme, ne peut plus se retrouver dans celui de la loi qui, s'emparant du patrimoine du défunt, ne peut plus disposer que de ce qu'elle y trouve libre et non engagé.

Mais il faut décider autrement dans le cas des libéralités à cause de mort, non confirmées par le décès du disposant avant le Code, parce que le testateur n'est, de son vivant, ni dessaisi ni lié, qu'il peut révoquer *ad nutum*, sans que les légataires ou les héritiers qui n'ont aucun droit acquis, puissent s'en plaindre : d'où il résulte que la loi qui peut restreindre dans l'homme la faculté de disposer, ou même l'anéantir, peut aussi restreindre ou même anéantir le legs, sans avoir d'effet rétroactif.

OBSERVATIONS.

La solution donnée par l'auteur sur cette quatrième question (v. pag. 55 et suiv.) peut se rattacher à notre théorie générale. L'attente que le donataire avait conçue était une attente très-forte, puisqu'elle ne dépendait nullement du caprice du donateur. Le donataire a pu, d'après la loi existante, calculer toutes les chances de réduction, et un événement législatif qu'il ne pouvait prévoir n'a pas dû en ajouter de nouvelles, et empirer ainsi sa position.

Mais devrait-on appliquer la loi nouvelle à l'exclusion de l'ancienne, si cette loi nouvelle, au lieu de restreindre la quotité disponible, l'avait au contraire augmentée? M. Proudhon n'a pas envisagé la question sous ce point de vue. Si l'on voyait dans la loi

qui règle les réserves une loi *interprétative des conventions*, on devrait dire que cette convention, comme toutes les autres, doit être interprétée d'après la loi qui était en vigueur au jour où elle a été faite. Le donataire ne devrait donc pas profiter de l'événement législatif qui n'était pas compris dans les prévisions des parties. Mais telles ne sont pas les lois qui déterminent la quotité disponible et les réserves. Des lois de cette nature, loin d'interpréter les conventions intervenues entre le donateur et le donataire, les contrarient et en empêchent l'effet en tout ou partie. Dans l'intérêt de certains parents privilégiés, elles enlèvent au donataire des biens que le donateur avait eu la volonté de lui attribuer à l'exclusion de ces mêmes parents. Sans doute, pour qu'une pareille loi ne détruise pas toute espèce de sécurité, il faut que les donataires soient avertis, au jour de la donation, des chances possibles de réduction. Mais la loi ne peut être considérée comme supposant une convention tacite entre le donateur et le donataire; on ne saurait dire que le donateur a stipulé tacitement une certaine réserve dans l'intérêt de ses parents. On peut donc appliquer la loi nouvelle sans tromper l'attente du donateur; à moins que des circonstances particulières ne révèlent chez lui une intention particulière.

Reste à examiner si à cet égard les attentes des parents réservataires sont assez fortes pour qu'elles méritent d'être ménagées par la loi nouvelle. Mais ces attentes sont uniquement celles d'une succession future, et, comme nous l'avons dit plus haut, elles sont de la nature de celles auxquelles un législateur sage peut toucher sans imprudence et sans danger.

Si donc, par l'application de la loi nouvelle sur les réserves, on ne viole pas la volonté du donateur; si d'autre part les parents du donateur vivant n'ont aucun *droit acquis*, il est évident que la loi nouvelle, extensive de la liberté de disposer, devra être suivie pour le réglement des successions ouvertes postérieurement à sa promulgation.

Cette solution générale se trouve ainsi en harmonie parfaite avec le principe que nous avons posé dans nos observations générales. On doit, avons-nous dit, appliquer immédiatement la loi nouvelle

même aux faits qui lui sont antérieurs, toutes les fois *que cette application* n'entraîne aucune perturbation grave, ou, en d'autres termes, ne détruit pas ce que nous avons appelé *droit acquis*.

5° Suivant l'article 1483 du Code, la femme qui accepte la communauté n'est tenue des dettes, soit à l'égard du mari, soit à l'égard des créanciers, que jusqu'à concurrence de son émolument, pourvu qu'il y ait eu fidèle inventaire : au contraire, d'après l'art. 9, au titre des gens mariés, de la coutume de Bourgogne, la femme qui est participante pour moitié des biens meubles et acquêts communs entre son mari et elle, est tenue de payer la moitié de toutes les dettes, sans que sa charge soit bornée au montant des émoluments qu'elle a reçus dans l'actif. La femme mariée en Bourgogne, sans contrat, avant le Code, mais dont le mariage est dissous après le Code, et qui accepte la communauté sous cette législation, doit-elle être tenue des dettes *ultra vires emolumenti?*

Si les époux avaient été mariés en pays de droit écrit, ou en tout autre où la loi municipale fût exclusive de la communauté; alors point de partage des acquêts au profit de la femme; point de dettes à sa charge : son titre repose donc entièrement dans le texte de la coutume de Bourgogne; mais elle ne peut le scinder : *incivile est, nisi totâ lege perspectâ, unâ aliquâ particulâ ejus propositâ, judicare vel respondere* (1). Elle ne peut donc, en vertu de

(1) L. 24, ff. *de legibus*, lib. 1, tit. 3.

ce titre qui est le seul qui l'associe, revendiquer la moitié des acquêts, qu'elle ne se soumette par là à la moitié des dettes, puisque cette obligation de sa part est le résultat d'une clause de ce même titre.

Pourquoi se trouve-t-elle associée ? c'est parce que la coutume avait de plein droit attaché son association au fait du mariage ; c'est parce que les dispositions de cette loi municipale étaient le réglement commun et le traité nuptial de ceux qui n'en voulaient pas rédiger d'autres : mais dès que les époux n'ont voulu d'autre contrat que celui-là, parce qu'ils le connaissaient pour être conforme à leur vœu, leurs droits sont donc absolument les mêmes que s'ils avaient fait dresser, devant notaire, des conventions dont l'article 9 de la coutume fût une clause littérale ; d'où il faut conclure que la femme ne peut, même aujourd'hui, accepter la communauté, sans demeurer obligée à la moitié des dettes, puisque telle est la condition sous laquelle elle a été associée.

Vainement dira-t-on qu'elle n'est soumise aux dettes que par le quasi-contrat qui résulte de l'acceptation de la communauté, et que ce quasi-contrat ayant eu lieu sous l'empire du Code *civil*, doit être régi dans ses effets, comme il l'est dans sa forme, par ce Code.

Cette objection ne serait pas sans poids, s'il ne s'agissait ici que des créanciers à l'égard desquels la femme n'avait pris aucun engagement par son contrat de mariage ; mais comme les actions de ceux-ci réflé-

chiraient sur le mari à l'égard duquel la femme s'est obligée à supporter la moitié du fardeau, en cas d'acceptation, il reste toujours démontré qu'elle ne saurait restreindre ses charges sur le montant de son émolument, sans se soustraire à la condition stipulée dans son traité de société; et dès-lors, comment le pourrait-elle, puisque ce contrat est, de tous les actes de la vie civile, le plus immuable?

6° Suivant la loi *emptorem* (1), l'acquéreur était en droit d'expulser le fermier auquel le vendeur avait, avant la vente, baillé à ferme le fonds vendu : mais l'article 1743 du Code dispose autrement, lorsque le propriétaire ne *s'est pas réservé ce droit par le contrat de bail;* que doit-on décider dans le cas où il s'agirait d'un bail fait avant et d'une vente faite après la promulgation du Code?

Sans doute, si le bail portait qu'en cas de vente il demeurerait rompu, il n'y aurait pas de difficulté, puisque le Code civil obligerait lui-même le fermier à déguerpir, sur la demande de l'acheteur : or, on a tacitement consenti la même réserve, puisqu'elle était écrite dans la loi qui a régi la formation du contrat; les droits des parties sont donc absolument les mêmes.

Dans le cas d'une vente faite sans stipulation de garantie, le vendeur n'en est pas moins tenu, parce

---

(1) L. 9. Cod. *de locato-conducto*, lib. 4, tit. 65.

que la loi la stipule de plein droit à sa charge : dans le cas d'un mariage célébré sans contrat nuptial, les époux sont en communauté, parce que la loi la stipule pour eux ; comment en pourrait-il être autrement, pour la continuation d'un bail dont la loi qui régit sa formation, a stipulé la rupture de plein droit en cas de vente ?

Le Code déclare que les conventions obligent non-seulement à ce qui y est exprimé, *mais encore à toutes les suites que l'usage ou la loi donnent à l'obligation d'après sa nature* (art. 1135 C. c.) : telle est aussi la règle tracée dans le droit ancien, *Ea enim quae sunt moris et consuetudinis, in bonae fidei judiciis debent venire* (1). — *In sermone quaedam tacitè excipiuntur* (2) : or, la clause de rupture en cas de vente, fut attachée au bail, par l'usage, la loi et la jurisprudence ; donc le Code civil et la loi ancienne veulent également qu'on la respecte.

Peu importe que ce droit éventuel d'expulser le fermier, en cas de vente, n'ait été ouvert qu'après la promulgation du Code, puisqu'il était la condition d'un contrat antérieur.

Le fermier ni l'acquéreur n'ont d'autres droits que ceux qu'ils tiennent du premier maître. Le fermier s'est contenté de stipuler, avec son bailleur, une

---

(1) L. 31, § 20, ff. *de ædilitio edict.*, lib. 21, tit. 1.

(2) L. 9, ff. *de servit.*, lib. 8, tit. 1.

simple obligation personnelle, sans charge de bail imposée à la chose, à l'égard du tiers acquéreur; le propriétaire a donc pu transmettre à celui-ci son domaine exempt de la servitude du fermage, puisqu'il n'en avait pas été grevé.

Ce droit de transmettre sa propriété franche, était réellement utile pour le vendeur obligé d'aliéner, parce qu'il devait faciliter la vente et en augmenter le prix; et puisque la réserve en avait été tacitement stipulée par les parties au profit du bailleur, il était acquis à celui-ci : d'où il faut conclure qu'il n'a pu se trouver dans la disposition de la loi survenue depuis.

7° Une rente ancienne devient-elle exigible, quant au capital, par la cessation de paiement des intérêts pendant deux ans, conformément à l'article 1912 du Code?

La constitution de rente étant comparée à la vente, en ce que celui qui aliène son capital de cette manière, acquiert une action perpétuelle pour exiger annuellement la prestation qui lui est promise, on doit, sous ce rapport, sous-entendre dans cette espèce de contrat, la condition résolutoire qui frappe toute convention synallagmatique pour le cas où l'une des parties ne satisfait point à son engagement (art. 1184 C. c.); mais autre chose est d'avoir simplement cessé de payer l'intérêt pendant deux ans, autre chose est d'en méconnaître l'obligation dans un sens absolu. Contraindre le débiteur à rembourser, précisément parce qu'il n'a pas payé l'intérêt pendant deux ans, sans lui fixer d'autre

délai, ni lui permettre de purger la demeure, ce serait lui faire subir les effets d'une clause pénale à laquelle il ne peut être soumis, puisqu'elle n'est pas dans son contrat.

OBSERVATIONS.

Le contrat de *constitution de rente* n'est pas un *contrat synallagmatique*, lorsqu'il se fait moyennant une somme d'argent qui est comptée au débiteur. Ce contrat est *unilatéral*, c'est à dire qu'il ne produit d'engagement que d'un côté. Voici comment s'exprime Pothier (*Traité du contrat de constitution de rente*, n° 3) : « Le contrat de constitution de rente n'est pas non plus du nombre des contrats synallagmatiques; mais il est unilatéral, n'y ayant que celui des contractants qui vend la rente dont il se reconnaît débiteur, qui contracte une obligation par ce contrat. » En effet on ne doit pas confondre les contrats synallagmatiques avec les contrats à titre onéreux. Dans les premiers il y a réciprocité d'*obligation*, et dans les derniers seulement réciprocité d'intérêt. Toutefois nous ne repoussons pas l'application que l'auteur fait aux contrats à titre onéreux, quoique non synallagmatiques, du principe posé dans l'article 1184, et nous reconnaissons qu'en faisant même abstraction de l'article 1912, le contrat de rente pourrait être résolu pour inexécution des engagements du débiteur; mais avec cette différence que la résolution, au lieu de s'opérer de plein droit par l'expiration du délai de deux années, ne serait prononcée que sur la demande du créancier, avec faculté pour le débiteur de payer avant le jugement, et sauf le droit qu'aurait le juge de lui accorder un délai. Voici à cet égard comment nous raisonnons : les rédacteurs du Code, en rédigeant l'article 1184, copiaient le n° 636 du *Traité des obligations* de Pothier, dans lequel ce jurisconsulte ne s'occupait de la condition résolutoire que relativement à l'extinction *des obligations*. Or il est évident que le défaut d'exécution d'une obli-

gation ne peut entraîner l'extinction d'*une autre obligation*, qu'autant qu'il existe des obligations corrélatives et réciproques, ou, en d'autres termes, un contrat synallagmatique. Mais Pothier n'entendait nullement restreindre aux contrats *synallagmatiques* cette règle, que l'inexécution de l'obligation d'une partie permet à l'autre de demander la résolution. Ce qui le prouve, c'est qu'il fait l'application de cette règle au contrat de constitution de rente, dans le traité spécial qu'il a composé sur ce contrat. (V. le n° 48 de ce traité.) Le principe de la condition résolutoire tacite doit donc s'appliquer à tout contrat à titre onéreux. La seule différence qui existera entre les contrats synallagmatiques et les contrats unilatéraux à titre onéreux, c'est que dans les premiers, la résolution fondée sur l'inexécution d'une obligation aura pour conséquence l'extinction d'*une obligation corrélative*, ce qui ne peut se concevoir en matière de contrats unilatéraux. Mais dans tout contrat *intéressé* ou *à titre onéreux*, la partie lésée par l'inexécution de l'autre partie obtiendra, non sa propre libération (car elle n'est pas obligée), mais la restitution de ce qu'elle avait donné pour prix de l'obligation contractée à son profit. On peut d'autant mieux entendre ainsi l'art. 1184, que les rédacteurs du Code paraissent quelquefois confondre les contrats synallagmatiques et les contrats à titre onéreux. (V. art. 1104 et 1106.) Les articles 953 et 954 fournissent d'ailleurs un puissant argument d'analogie.

Ces observations étant faites sur l'art. 1184, nous arriverons à la solution de l'auteur sur la question de rétroactivité, solution contraire à la jurisprudence de la Cour de cassation. (V. arrêts des 6 juillet 1812, 4 novembre 1812 et 10 mai 1818; V. aussi Rép. de jur., V° *Rente*, § XII, n° 3 et ibid; V° *Effet rétroactif*, sect. 3, § 3, n° 11.) Voici les motifs sur lesquels se fonde cette jurisprudence.

Une loi nouvelle peut, sans rétroactivité, établir de nouvelles causes de déchéance d'un droit, pourvu que la partie que frappe cette déchéance n'ait à imputer qu'à sa propre faute la perte qu'elle éprouve. Or, a-t-on dit, le débiteur de la rente constituée anciennement, auquel on fait aujourd'hui l'application de l'article 1912,

n'est puni qu'à raison d'une *infraction actuelle*, d'une faute postérieure à la promulgation du Code. Toutefois, et malgré cette jurisprudence et le motif sur lequel on l'a fondée, nous adhérons à l'opinion de l'auteur, parce que la loi, qui établit une condition résolutoire tacite dans certains contrats, nous paraît une loi interprétative de la convention. Or, puisque aujourd'hui même on pouvait constituer des rentes perpétuelles en déclarant que l'art. 1912 ne sera pas applicable au débiteur de la rente, on n'aperçoit pas de motif suffisant pour modifier les relations que les parties avaient entendu établir entre elles avant le Code civil, conformément aux lois alors en vigueur. Il y a mieux : la règle ancienne pourrait être plus utile, dans certains cas, au créancier lui-même; car, d'après cette règle, les tribunaux auraient le droit de prononcer la résolution du contrat avant même que les deux années soient expirées, et aussitôt que le débiteur se refuserait à payer un terme échu des arrérages. Nous ferons remarquer en finissant, que l'auteur, en repoussant dans l'espèce l'application de l'art. 1912, a tort d'admettre d'une manière générale que l'art. 1184 doive être appliqué; car, d'après l'art. 149 de l'ordonnance de 1629, le débiteur de la rente constituée ne pouvait être contraint au remboursement à défaut du paiement des arrérages. Cette disposition, qui avait pour but d'empêcher que les prêts à intérêts, contrats prohibés à cette époque, ne fussent déguisés sous l'apparence de rentes constituées, était observée au Parlement de Dijon. (V. Rép., V° *Rente constituée*, § X, n° 2, où l'on cite Davot, *Traités de Droit français*. V. aussi Pothier, *Traité du Contrat de constitution de rente*, n° 48, cité plus haut, dans lequel l'auteur ne met point le défaut de paiement des arrérages au nombre des causes de résolution du contrat.

8° Dans l'ancien ordre de choses, l'usufruit légué à un établissement public ou à un corps de communauté, devait durer un siècle (1); aujourd'hui il ne dure plus

(1) L. 56, ff. *de usufructu*, lib. 7, tit. 1.

que trente ans (art. 619 C. c.) : quelle est la durée que doit avoir un usufruit de cette espèce, dont le droit aurait été ouvert avant la promulgation du Code ?

Lorsqu'un droit est ouvert, il est acquis dans toute son étendue et pour sa durée; la loi nouvelle ne pourrait donc, sans effet rétroactif, en abréger l'exercice, et le restreindre à un temps moindre que celui pour lequel il avait été constitué.

9° Sous l'ancienne législation, le canon d'une ferme (*a*) n'était pas placé au rang des fruits civils : en conséquence l'usufruitier, lors de son décès, ne transmettait pas à ses héritiers le *prorata* de la dernière année; il transmettait le tout s'il était mort après la récolte, et il n'en transmettait rien s'il était décédé auparavant (1) : il en est autrement d'après le Code civil (art. 586 C. c.) : doit-on, sur ce point, se conformer à la loi ancienne, si l'usufruit a été légué et ouvert avant, mais a pris fin depuis la promulgation du Code?

Pour soutenir que, dans ce cas, le canon du bail doit être considéré comme fruit civil, conformément à la loi nouvelle, on peut dire qu'il ne faut pas confondre un don de propriété avec un legs d'usufruit;

(*a*) Ce *canon* est ce qu'on appelle vulgairement *fermage* ou *prix de bail à ferme*, c'est-à-dire la somme que le preneur paie au bailleur comme prix de la jouissance.

(1) L. 58, ff, *de usufructu*, lib. 7, tit. 1.

que s'il s'agissait de la propriété, ce serait, sans doute, à l'origine de la disposition qu'il faudrait nous reporter, pour en apprécier les conséquences, parce que la propriété, étant toute dans le droit, s'acquiert *unico momento;* mais qu'il n'en est pas ainsi de l'usufruit qui consiste principalement dans le fait de celui qui jouit; d'où il résulte que ce legs est censé renouvelé chaque année, à mesure que le légataire se présente pour percevoir les fruits de la chose, et que lorsqu'il y a plusieurs collégataires conjoints, l'acceptation du legs faite par tous, n'empêche pas l'exercice du droit d'accroissement au profit de l'un, dès que l'autre vient à manquer : *sed in usufructu hoc plus est : quia et constitutus, et posteà amissus, nihilominùs jus accrescendi admittit....... ususfructus quotidiè constituitur et legatur; non, ut proprietas, eo solo tempore quo vindicatur. Cùm primùm itaque non inveniat alterum qui sibi concurrat, solus utetur in totum* (1) (*a*).

(*a*) Il est très-douteux que les rédacteurs du Code civil aient entendu maintenir la règle ancienne, d'après laquelle le droit d'accroissement avait lieu dans les legs d'usufruit, après que les légataires avaient recueilli leur legs. En effet, le Code civil paraît admettre le droit d'accroissement dans le cas seulement où l'un des collégataires a répudié la libéralité, ou est devenu incapable de la recueillir. (V. art. 1043, 1044 et 1045.) Toutefois, les tribunaux pourraient, dans le cas dont il s'agit, admettre le droit

(1) L. 1, § 3, ff *de usufruct. accrescendo*, lib. 7, tit. 2.

Telle est donc la nature du legs d'usufruit, que, toujours reporté au futur, il est censé fait chaque année par le testateur, et chaque année aussi accepté de nouveau par le légataire; d'où il résulte qu'on doit aujourd'hui en régler les suites, comme si le testateur était mort sous le droit nouveau, puisque la loi qui a régi la constitution primitive, veut elle-même qu'on le considère comme s'il avait été annuellement fait et renouvelé après la publication du Code.

Nonobstant ces raisonnements, nous croyons que c'est encore au droit ancien qu'on doit s'en rapporter sur cette question, parce que c'est la loi ancienne qui a réglé les conditions du legs; que le testateur, n'ayant exprimé aucune dérogation à la disposition de cette loi, est censé avoir voulu ce qu'elle prescrivait dans l'exécution de sa libéralité; que l'héritier, dès l'instant de la mort du testateur, a eu un droit acquis conforme à la loi qui était en vigueur à cette époque;

---

d'accroissement par interprétation de la volonté du testateur. Nous ferons remarquer, en terminant, que la raison donnée par Ulpien, pour justifier sa proposition *(ususfructus quotidie constituitur et legatur)*, n'est pas très-satisfaisante. En effet, le droit d'usufruit est bien plutôt chez les Romains un droit unique; la preuve en est qu'il se perd par le *non-usage;* et si on devait y voir une série de legs successifs, le non-usage ne pourrait faire perdre la jouissance pour l'avenir. Ulpien lui-même y voyait bien un legs unique, puisqu'il caractérise, comme contenant plusieurs legs successifs, le legs qui a été fait *in annos singulos.* (V. L. I, pr., ff. *quando dies ususf. leg. ced.* VII, 3.)

qu'enfin le légataire a tellement été soumis à cet ordre de choses, que la loi lui ôtait jusqu'au pouvoir de n'accepter qu'une partie du bienfait (1), et lui défendait par là même d'en scinder les conditions; qu'en conséquence, les droits du légataire et ceux de l'héritier doivent recevoir leur exécution d'après les règles en vigueur lors de l'ouverture et de l'acceptation du legs, sans que l'un puisse, contre le gré de l'autre, s'écarter des conditions tacitement stipulées dans le quasi-contrat qui a été formé entre eux.

Si, aux yeux de la loi romaine, le legs d'usufruit est comme réitéré chaque année; si, par cette raison, l'acceptation qui en a été faite d'abord, ne met point obstacle au droit d'accroissement pour l'avenir, on ne peut en conclure, comme conséquence nécessaire, que, dans le double intérêt de l'héritier et du légataire, leurs droits respectifs soient annuellement variables : si ce legs est censé renouvelé tous les ans, c'est toujours sous les mêmes conditions qui ont régi la formation du quasi-contrat intervenu entre l'héritier et le légataire : il n'y a eu qu'une seule ouverture au droit qui s'exerce toutes les années, *quanquam ususfructus ex fruendo consistat, id est, facto aliquo ejus, qui fruitur et utitur, tamen semel cedit dies* (2); il n'y a donc eu qu'un seul

---

(1) L. 4, ff. *de legatis* 2°, lib. 31.

(2) L. unic. *in princip.*, ff. *quandò dies ususfructûs*, lib. 7, tit. 3.

quasi-contrat entre eux; les conditions n'en sont donc point changées; elles restent les mêmes, comme nous avons vu dans la question précédente que la durée de l'usufruit doit être aussi la même : il faut donc toujours remonter à ce premier principe; et la loi qui admet l'accroissement, nonobstant l'acceptation des colégataires, nous y reporte elle-même, puisqu'elle rattache ce droit à la conjonction primitivement constituée entre ceux qui l'exercent.

OBSERVATIONS.

M. Proudhon a examiné la question de savoir si, dans le cas d'un usufruit légué, on devra, pour régler les droits que l'usufruitier peut avoir au prix du bail, suivre la loi existante à l'époque de la cessation de l'usufruit. Il décide avec raison que, pour déterminer les droits de l'usufruitier, on doit uniquement consulter la loi ancienne qui a réglé les conditions du legs. Mais quelle est cette loi ancienne qui devra toujours être suivie pour la détermination des avantages attachés à l'usufruit? Sur ce point, il est difficile de démêler la pensée de M. Proudhon. Dans la page 68, il parle de l'époque où l'usufruit *a été légué et ouvert;* au 1er alinéa de la page 71, il parle de l'époque de *l'ouverture et de l'acceptation du legs.* Que décidera-t-on si la loi a été changée dans l'intervalle qui s'écoule entre la confection du testament et l'acceptation du legs? Nous avons ici à choisir entre trois époques : 1° celle de la confection du testament; 2° celle de la mort du testateur; 3° celle de l'acceptation du légataire.

Il est d'abord de toute évidence que nous devons faire abstraction de la loi du jour de l'acceptation faite par le légataire; car le droit de celui-ci ne date pas du jour de son acceptation, mais du jour du décès du testateur. La question est donc réduite à

celle de savoir si nous devons appliquer la loi du décès du testateur, ou celle du jour de la confection du testament.

Nous inclinons à penser qu'on devrait appliquer la loi du jour de la confection du testament. En effet, le testateur a probablement consulté la loi existante, lorsqu'il a fait ses dispositions de dernière volonté. On doit donc penser qu'il a entendu se conformer à cette loi, et la prendre pour règle toutes les fois qu'il n'a pas manifesté une intention contraire. Il n'est nullement à présumer que la loi nouvelle, qui interprète d'une manière différente des clauses de dernière volonté, ait entendu imposer aux testateurs la nécessité de refaire leurs testaments pour soustraire leurs dispositions aux conséquences de la nouvelle interprétation. En un mot, nous appliquons aux lois interprétatives la même doctrine qu'aux lois relatives aux formes; et de même qu'une personne n'est pas tenue de refaire son testament d'après d'autres formes, si les formes légales ont été changées; de même elle ne sera pas tenue d'expliquer de nouveau sa pensée, si l'on a apporté des changements aux règles d'interprétation.

10°. Sous l'ancienne législation, le bail fait par un usufruitier était de plein droit résolu à son décès (1), et le fermier pouvait être expulsé par le propriétaire, dès le moment de la cessation de l'usufruit; le Code en décide autrement, et veut que le fermier soit maintenu dans la jouissance du fermage qui n'a été stipulé que pour le cours ordinaire des baux. (Art. 595 C. c.)

La même opposition se retrouve entre la loi romaine (2), et la disposition du Code civil (art. 1429

(1) L. 9, § 1, ff. *locati*, lib. 19, tit. 2.

(2) L. 25, § 4, ff. *soluto matrimonio*, lib. 24, tit. 3. *Vide et Cujacium in hanc legem.*

et 1430) sur la durée des baux que le mari aurait faits des biens dotaux de sa femme (*a*).

Que doit-on décider à ce sujet, lorsqu'il s'agit d'un usufruit constitué avant la loi nouvelle?

Si le bail a été fait avant la promulgation du Code, la question ne souffre aucune difficulté; le fermier doit subir la condition expressément ou tacitement stipulée dans son bail, parce que la loi nouvelle ne peut ni augmenter ni diminuer les droits ou les charges dérivant d'un contrat passé avant sa promulgation.

Si, au contraire, le bail a été fait postérieurement

(*a*) La loi 25, § 4, ff. *solut. matrim.*, citée dans le texte, établit une différence entre le bail fait par le mari, et le bail fait par un usufruitier. Le mari reste obligé envers le fermier, même après la dissolution du mariage; et en restituant le fonds dotal, il peut exiger que sa femme le garantisse des obligations qu'il a contractées envers le fermier. Mais cette loi du Digeste ne se réfère expressément qu'au cas du divorce; et Cujas pense qu'il en eût été autrement, si le mariage avait été dissous par la mort du mari. Remarquons, en outre, que la question transitoire dont s'occupe l'auteur n'a dû se présenter que dans les pays de droit écrit. En effet, dans les pays coutumiers, on ne confondrait pas le mari avec un usufruitier ordinaire. Le mari était administrateur des propres de sa femme; il la représentait en faisant des actes d'administration, par exemple, en donnant à bail les immeubles de sa femme pour le temps ordinaire des baux. Cette différence, reconnue autrefois entre les pouvoirs du mari et ceux d'un usufruitier ordinaire, est indiquée par Pothier, dans son *Traité de la puissance du mari*, n[os] 91 à 95.

à la promulgation du Code, les droits du fermier sont, au premier coup d'œil, plus apparents; néanmoins nous croyons que, dans ce cas-là même, on doit encore suivre le prescrit de la loi ancienne.

En effet, rien n'est acquis au fermier que ce que l'usufruitier ou le mari, son bailleur, a pu lui céder, et ce dernier n'a pu lui transférer plus de droit qu'il n'en avait lui-même; or, nous avons prouvé, par notre réponse à la question précédente, que, dans le double intérêt du propriétaire et de l'usufruitier, la loi nouvelle n'a rien changé à leurs droits respectifs; d'où il résulte que le bail doit toujours être renfermé dans les limites prescrites à l'usufruitier par la constitution de son usufruit, et auxquelles il a soumis le quasi-contrat formé entre lui et le propriétaire, par son acceptation.

11°. La caution qui a payé la dette est subrogée de plein droit aux actions du créancier, d'après l'article 2029 du Code; la loi ancienne ne lui accordait pas la même faveur; elle pouvait seulement contraindre le créancier qui la poursuivait à lui faire cession de ses actions, en recevant son paiement (1) : y aurait-il subrogation de plein droit au profit de celui qui paierait aujourd'hui en vertu d'un cautionnement prêté avant la promulgation du Code?

La loi nouvelle a pu accorder ce que la caution était déjà en droit d'obtenir sous l'ancienne législa-

---

(1) Liv. 17, ff. *de fidejussoribus*, lib. 46, tit. 1.

tion; et puisqu'elle pouvait forcer la cession d'action du créancier, il faut en conclure qu'elle serait subrogée de plein droit.

OBSERVATIONS.

Remarquons que, dans l'ancien droit, la caution n'était pas dans la nécessité de faire condamner le créancier à la subroger dans ses droits. La subrogation s'opérait au profit de la caution, par cela seul qu'elle l'avait requise lors du paiement, et nonobstant le refus du créancier. (V. Pothier, *Traité des obligations*, n[os] 280 et 521.) Dumoulin avait même été jusqu'à décider que cette réquisition expresse était inutile et devait toujours être sous-entendue. Mais cette opinion n'avait pas prévalu en jurisprudence. Elle est consacrée aujourd'hui, et avec des développements très-étendus, dans l'art. 1251 du Code.

Ce dernier exemple est encore une application de notre règle, suivant laquelle on doit toujours appliquer la loi nouvelle, lorsque cette application n'entraîne aucun inconvénient. Or, évidemment, le débiteur, qui a intérêt à ce que la caution ne soit pas subrogée au créancier qu'elle paie, n'a pu sérieusement compter sur l'absence de subrogation, puisqu'il suffisait à la caution de la requérir pour en obtenir le bénéfice. Il est donc raisonnable d'appliquer aujourd'hui, sans distinction, la loi qui dispense la caution d'une manifestation de volonté jugée inutile.

CHAPITRE V.

Des effets de la Loi sous le rapport de son empire territorial.

L'article 3 du Code civil porte que les lois de police et de sûreté obligent tous ceux qui habitent le territoire;

Que les immeubles, même ceux possédés par des étrangers, sont régis par la loi française;

Que les lois concernant l'état et la capacité des personnes, régissent les Français, même résidants en pays étrangers.

Développons les principes consacrés par cette disposition.

On doit, comme nous l'avons déjà annoncé, distinguer dans la loi la force coactive et la force obligatoire.

La force coactive ne peut jamais s'étendre au-delà du territoire du Gouvernement pour lequel la loi est portée, parce qu'hors des limites d'un Etat, ses agens intérieurs ne sont plus que de simples particuliers, étrangers eux-mêmes au pays où ils se trouvent.

C'est par suite de ce principe que les jugements rendus par des Tribunaux étrangers ne sont point exécutoires en France (art. 546 Cod. proc.) à moins qu'ils n'aient été déclarés tels par un Tribunal fran-

çais, ou que leur exécution n'ait été stipulée dans les traités. (Art. 2123 C. c.)

Il n'en est pas de même de la force obligatoire : elle étend ses effets partout où la personne se transporte, et même partout où elle a des biens.

Mais, pour cela, il faut n'avoir pas changé de domicile, parce que le changement de lieu, qui nous reporte sous une autre législation, est comparable à la succession des temps qui nous a amené d'autres lois.

Ainsi, un habitant de la Russie qui, avec la permission du Roi, est venu se fixer en France, n'est plus soumis à d'autres lois qu'à celles de sa nouvelle patrie ; celles de Russie sont, à son égard, comme abrogées par les lois françaises, et il se trouve désormais dans la même position où il serait si, étant resté dans son pays natal, le Code civil y avait été publié en remplacement des lois qui le régissent (*a*).

Une partie des idées développées dans le précédent

(*a*) L'auteur nous semble aller trop loin en disant que l'établissement d'un domicile en France donne à l'étranger *une nouvelle patrie*. L'étranger qui, aux termes de l'art. 13 du Code, obtient du Roi l'autorisation d'établir son domicile en France, ne devient pas Français. Nous aurons plus tard à examiner dans quelle position il se trouve relativement à l'application des lois françaises, et nous chercherons à établir que, dans cette nouvelle position, l'étranger pourra encore être soumis à certaines lois étrangères, c'est-à-dire à celles qui régissent l'état et la capacité des personnes.

chapitre, se reproduisent donc dans celui-ci, sous des aspects différents : c'est pourquoi, adoptant la même division, nous allons considérer de nouveau l'homme sous le rapport de ses qualités personnelles, sous celui de ses actions et sous celui de ses biens.

OBSERVATIONS.

Nous avons vu que, relativement à ce qu'on appelle *la rétroactivité dans les lois*, c'est-à-dire, au conflit des lois successives, le législateur a laissé tout à faire à la doctrine, puisqu'il s'est borné à proclamer ce principe vague que *la loi n'a pas d'effet rétroactif*. Il n'en est pas de même quant au conflit des diverses lois territoriales. Ici nous trouvons de véritables règles ; la doctrine a seulement à les coordonner en comblant quelques lacunes. Le principe que nous devons regarder comme fondamental en cette matière est celui-ci : Les nations ne sont pas tenues d'admettre sur leur territoire l'application des lois étrangères ; mais elles se déterminent aisément à le faire, par des considérations d'utilité et de convenance réciproques, toutes les fois qu'un motif d'une gravité particulière ne s'y oppose pas. En d'autres termes, une nation laisse habituellement sur son territoire les étrangers soumis à l'application de la loi étrangère, toutes les fois qu'il n'en résulte pas de préjudice grave pour elle. Cette matière du conflit des lois de différentes nations est traitée avec de grands développements, une vaste érudition, dans une série d'articles publiés par M. Fœlix, dans la *Revue étrangère et française de législation, de jurisprudence et d'économie politique* (années 1840 et 1841). On y trouve les documents les plus curieux sur les usages et les lois adoptés en cette matière par les diverses nations européennes.

SECTION Ire.

Comment la Loi, considérée sous le rapport du territoire, étend son empire sur les qualités de l'homme.

Nous avons déjà fait voir plus haut, que les qualités de l'homme ne dépendent que du droit de la nature et de la loi civile; qu'il n'a ni le pouvoir de les changer, ni celui de les aliéner ou acquérir, sans être placé dans le rang auquel la loi en attache la jouissance ou la privation (*a*).

Mais dans la concurrence des lois de différents pays qui seraient invoquées sur l'état de la même personne, quelle est celle qu'il faut exclusivement consulter? C'est la question que nous avons à résoudre ici.

Pour parvenir à cette solution, nous observerons, que les qualités civiles dérivant essentiellement de l'organisation du corps politique, c'est à rechercher la société civile dont l'homme est membre, qu'il faut s'attacher, pour découvrir la loi qui régit l'état de sa personne.

Les hommes sont destinés, par la nature, à vivre

(*a*) L'auteur veut dire que nul ne peut modifier ses qualités civiles, dont l'ensemble forme ce qu'on appelle l'*état* de la personne, s'il n'a l'aptitude légale à opérer cette modification. Mais ce qu'il dit des qualités ou de l'état est vrai dans un sens bien plus large, ou plutôt dans un sens illimité. Nul ne peut faire une chose s'il n'est apte à la faire.

en société ; mais tous ne pouvant appartenir au même corps moral, il fut nécessaire d'établir plusieurs gouvernements ; or, comme il serait impossible de reconnaître, par appel nominal, les membres de ces grandes familles politiques, pour distinguer celle dont ils font partie, la même nécessité qui conduisit les hommes à vivre sous des gouvernements différents, les a forcés à en faire aussi la distinction matérielle par des limites territoriales.

La division des territoires ne s'applique donc pas moins aux hommes qui les habitent, qu'aux fonds qui les composent ; et comme la localité particulière d'un fonds, comparée aux limites de deux Etats voisins, décide de celui dans le ressort duquel il est situé, de même la fixation du domicile de l'homme décide du gouvernement auquel il appartient, parce qu'il fait partie de l'association à laquelle il a voulu attacher les habitudes de sa vie, par un établissement à perpétuelle demeure.

De là il résulte que, dans la concurrence de plusieurs lois invoquées sur l'état civil de la même personne, c'est celle de son domicile qui doit l'emporter (*a*).

(*a*) L'auteur dit qu'on doit considérer le domicile de la personne pour déterminer son état, parce qu'il serait impossible de reconnaître autrement à quelle famille politique elle appartient. Cependant on le verra plus loin reconnaître lui-même que, parmi les personnes domiciliées en France, il y a encore une distinction à

Mais comme l'état de l'homme est indivisible, qu'il ne peut être légitime dans un lieu et en même temps bâtard dans un autre, majeur et mineur, maître de ses droits et interdit, capable et incapable à la fois, il faut en conclure encore que la loi, qui régit son état personnel, étend ses effets partout où il peut se trouver, ou avoir des biens; c'est pourquoi l'état et la capacité des Français qui, sans avoir perdu l'esprit de retour, résident à l'étranger, sont régis par la loi française : c'est pourquoi encore il est défendu à tout Français de consentir, même en pays étranger, hors des cas déterminés par la loi française, aucun acte portant contrainte par corps. (Art. 2063 C. c.)

Ainsi, un Français, qui se trouve en Allemagne où l'on peut tester et se marier à quatorze ans, ne peut y faire ni l'un ni l'autre, avant l'âge réglé par la loi française (art. 170 C. c.), parce que, faisant toujours partie du corps politique de France, il porte partout avec lui la capacité ou l'incapacité attachée à la qualité de Français, comme celui qui serait obligé dans une association de commerce, porterait partout avec lui les obligations et les charges dérivant de son contrat de société.

Ainsi, le Français âgé de vingt-un ans révolus, qui posséderait des biens en Allemagne, où l'on n'est ma-

---

faire entre les Français et les étrangers, et que ces derniers sont privés de certains droits réservés aux Français. (V. le chapitre 12, *de l'incolat.*)

jeur et maître de ses droits qu'à vingt-cinq ans, pourrait les vendre et hypothéquer, sans prendre égard à la loi d'Allemagne, parce qu'étant majeur et capable d'aliéner aux yeux de la loi française, et son état étant indivisible, nécessairement sa capacité s'étend à tous les pays où il peut avoir des biens; comme, dans le cas contraire, s'il était mineur ou interdit en France, il serait incapable de traiter valablement dans tous les pays.

Ainsi encore, l'Allemand, qui abdique sa patrie pour devenir Français, et qui vient se fixer en France, est dès-lors régi dans l'état de sa personne par les lois françaises; d'où il résulte nécessairement qu'il éprouve une révolution dans ses qualités civiles, puisqu'elles se trouvent désormais conformes au prescrit de la loi française, au lieu d'être ce qu'elles étaient par les lois d'Allemagne.

OBSERVATIONS.

D'après la théorie exposée par M. Proudhon, chaque nation doit admettre sur son territoire l'application des lois étrangères en ce qui concerne l'état et la capacité des étrangers. Cette règle offre beaucoup d'avantages; mais il est difficile de la considérer comme une règle absolue.

Le Code civil ne présente pas de système général sur ce point. En effet, d'une part, il n'a pu imposer de règles aux autres peuples européens. D'autre part il n'a même pas résolu la question qu'il aurait pu résoudre, celle de savoir si les Tribunaux français doivent considérer les étrangers comme soumis à leur loi personnelle, en ce qui touche leur état et leur capacité.

Avant d'aborder cette question délicate, nous devons d'abord rechercher quelles sont en fait les règles adoptées sur ce point par les diverses nations européennes.

M. Fœlix, dans l'art. que nous avons cité, a donné à ce sujet des détails intéressants. On y trouve généralement l'application du principe que l'étranger est soumis pour sa capacité personnelle à la loi de son pays. Ce principe est proclamé par les lois suivantes : Code civil d'Autriche, art. 34 : « La capacité personnelle des étrangers aux actes de la vie civile doit, en général, être jugée par les lois auxquelles l'étranger est soumis, soit comme étant celles du lieu de son domicile, soit, lorsqu'il n'a pas de domicile, parce qu'il se trouve, par sa naissance, sujet du pays régi par ces lois ; à moins que la loi n'en ait autrement ordonné dans des cas particuliers. » — Code général de Prusse, art. 23 de l'introduction : « La qualité et la capacité personnelle d'un individu seront jugées d'après les lois de la juridiction dans le ressort de laquelle il a son domicile réel. » Joignez-y l'art. 34 : « Les sujets d'états étrangers qui vivent dans les états prussiens ou qui y font des affaires, sont également jugés d'après les dispositions ci-dessus. » — Code Bavarois (partie 1, chap. 2, 17). — Code du canton de Berne, art. 4 : « Les étrangers à Berne sont jugés, quant à leur capacité personnelle, d'après les lois de leur patrie respective. » — Code du canton de Fribourg (art. 1 et 3). — Code du canton d'Argovie (art. 7, 46, 47, 48 et 49). — En Angleterre et aux Etats-Unis, il n'existe pas de loi. Il paraît que la jurisprudence admet le même principe. (V. M. Story, *Traité du conflit des lois étrangères et nationales*).

Il y a cependant certains pays où l'on applique la loi territoriale toutes les fois qu'il n'y a pas une exception formelle. Nous citerons : 1° les Pays-Bas ; l'art. 6 du Code civil est ainsi conçu : « Le droit civil du royaume est le même pour les étrangers que pour les Néerlandais, tant que la loi n'a pas établi le contraire. » 2° Le royaume des deux Siciles; l'art. 5 du Code est ainsi conçu : « Les lois obligent tous ceux qui habitent le territoire du royaume, qu'ils soient citoyens, étrangers, domiciliés ou passagers.

3° La législation russe. (Lois personnelles, IX, 902 ; lois fondamentales, 63.) Enfin même dans les pays où l'on applique à l'étranger la loi étrangère, ce principe souffre des restrictions dans l'intérêt des nationaux. Nous citerons à cet égard les législations autrichienne et prussienne.

D'après le Code civil Autrichien, si la convention passée en Autriche par un étranger confère des droits à un tiers, sans obliger ce tiers envers l'étranger, on applique la loi autrichienne ou la loi du pays de cet étranger, suivant que l'une ou l'autre loi favorise le plus la validité de la convention. La convention intéressée faite en Autriche entre un Autrichien et un étranger, se juge d'après la loi autrichienne (n°s 35 et 36 du Code civil d'Autriche). D'après le Code civil Prussien, si un étranger contracte en Prusse sur des objets qui s'y trouvent, il doit être jugé, relativement à sa capacité de contracter, suivant les lois qui favorisent le plus la validité de la convention.

Après cet exposé des législations étrangères, arrivons à la question de savoir quelle serait la règle adoptée chez nous à cet égard. En d'autres termes, considérons-nous les étrangers comme soumis à la loi étrangère en ce qui touche leur capacité? Cette question n'est pas formellement tranchée par le Code. L'art. 3 déclare qu'on appliquera aux étrangers les lois de police et de sûreté, ainsi que les lois concernant les immeubles; sur les autres lois il garde le silence. La première rédaction du projet portait : « La loi oblige indistinctement tous ceux qui habitent le territoire. L'étranger y est soumis pour les biens qu'il y possède et pour sa personne pendant sa résidence. » Cette rédaction fut changée comme étant trop large, en ce qu'elle soumettait les étrangers à nos lois sur l'état et la capacité, ce qui était contraire aux usages européens. Il paraît résulter de cette discussion que l'on était disposé à laisser les étrangers soumis à leur loi personnelle; toutefois le silence du Code laisse à cet égard une certaine latitude à la doctrine.

Voici à cet égard quelle serait notre théorie. Nous appliquerons en général à l'étranger la loi personnelle étrangère ; mais ce principe souffrira des modifications dans notre intérêt. Nous ne reconnaîtrons

pas chez nous un état que nos lois considèrent comme contraire à l'ordre public, par exemple l'esclavage ou la polygamie. En outre, si l'étranger faisait en France des conventions avec des Français, nous lui appliquerions, relativement à sa capacité, la loi française s'il résultait un préjudice pour les Français de l'adoption de la loi étrangère. Si donc l'étranger, mineur d'après sa loi, est majeur d'après la loi française, nous lui appliquerons le Code civil. Car il n'y aurait plus de sécurité pour les Français qui ont contracté avec lui, si un étranger, âgé de plus de 21 ans, pouvait se faire restituer contre ses engagements en alléguant qu'il est mineur dans son pays. La jurisprudence paraît être entrée dans cette voie; un arrêt de la Cour royale de Paris, du 17 juin 1834, rejeta la demande en nullité d'une obligation contractée par un étranger mineur qui avait atteint la majorité française. Si, au contraire, l'étranger mineur d'après la loi française était majeur d'après la loi de son pays, nous le considérerions comme majeur. En effet, d'une part, il ne peut pas se plaindre de l'application de la loi de son pays; et, d'autre part, il ne peut en résulter aucun préjudice pour les tiers. (V. toutefois ce que dit M. Fœlix, *Revue française et étrangère*, 7e année, p. 608.)

SECTION II.

Comment la Loi, considérée sous le rapport de son empire territorial, régit les actions de l'homme.

En principe de morale et d'ordre public, l'homme est soumis aux lois du pays où il se trouve, et même, sous plusieurs rapports, aux lois du pays auquel il appartient;

Aux lois du pays où il se trouve même accidentellement, parce que nul n'est reçu dans un état qu'à condition qu'il en respectera l'ordre et qu'il y sera

passible des peines établies contre ceux qui se porteraient à l'enfreindre;

A celles de sa propre patrie, dans tout ce qui offenserait directement le pacte social par lequel il y tient; en sorte que le Français qui, hors du territoire de France, s'est rendu coupable d'un crime attentatoire à la sûreté de l'Etat, de contrefaçon du sceau de l'Etat, des monnaies nationales, peut être poursuivi et jugé en France suivant les lois françaises, et qu'il peut être aussi, après son retour en France, poursuivi et jugé pour crime commis contre un Français à l'étranger, si déjà il n'a été jugé, pour ce fait, en pays étranger (1).

Mais un étranger ne peut être régulièrement arrêté ni puni en France, pour délit commis hors du territoire français : l'on excepte le cas où il se serait rendu coupable de crimes attentatoires à la sûreté de l'Etat, de contrefaçon du sceau de l'Etat, des monnaies et papiers y ayant cours, d'après les lois (2).

Sous le rapport de leur existence civile, les actes doivent être revêtus des formes extérieures prescrites par la loi; autrement ils sont sans effet, et cela pour deux raisons.

La première : parce que l'homme ne peut mettre sa volonté au-dessus de celle de la loi, lorsque, pour l'intérêt général, elle refuse sa confiance à un acte

(1) Voyez les art. 5 et 7 du Code d'instruction criminelle.
(2) Voyez l'article 6 du même Code.

qui ne porte pas les caractères d'authenticité qu'il doit avoir dans son espèce.

La seconde : parce qu'en fait d'acte civil, chaque fois que l'officier, chargé de le revêtir de ses formes extérieures, manque au prescrit de son mandat, ou qu'il en passe les bornes, alors il agit sans pouvoirs, et par conséquent tout ce qu'il fait ne peut plus avoir un véritable caractère d'authenticité. (*a*)

Il résulte de là, que tout ce qui appartient aux formes extérieures, requises pour la validité d'un acte, doit être déterminé par le prescrit de la loi du lieu où il a été passé, parce que l'officier public qui le reçoit ne peut acter que dans le territoire où il est délégué, et d'après les règles auxquelles son pouvoir est subordonné.

C'est par suite de ce principe, que tout acte de l'état civil soit des Français, soit des étrangers, fait en pays étranger, fait foi en France, s'il a été rédigé suivant les formes usitées dans le pays où il a été passé (art. 47 C. c.);

Que le mariage contracté en pays étranger, soit entre Français seulement, soit entre Français et étran-

(*a*) Souvent un officier public fait un acte valable bien que toutes les formes prescrites n'aient pas été remplies. En effet elles ne sont pas toujours prescrites à peine de nullité. V. art. 1031, C. pr.; et loi du 25 ventôse an 11, art. 68.

On a critiqué avec raison, une loi du 4 germinal an 2, dont l'art. 3 avait déclaré que toute violation ou omission des formes prescrites en matière civile par les lois nouvelles donnait ouverture à cassation.

gers, est valable s'il a été célébré dans les formes usitées en ce pays (art. 170 C. c.), pourvu qu'il n'y ait eu aucun empêchement d'ailleurs;

Qu'un Français qui se trouve en pays étranger peut y faire son testament olographe, ou par acte public, avec les formes usitées dans le lieu de la passation. (Art. 999 C. c.)

Ainsi, la loi du lieu où l'on agit régit toujours les formes extérieures; et quant à l'étendue de ses effets, un acte valide les obtient partout où la personne possède des biens disponibles, parce que le même acte ne peut être régulier et irrégulier, valide et nul tout à la fois.

OBSERVATIONS.

Quelques observations sont nécessaires pour compléter l'exposé fait par l'auteur.

En ce qui concerne les faits illicites, nous ferons la remarque suivante : l'étranger qui se trouve en France étant soumis à nos lois de police et de sûreté, par une juste réciprocité il trouve dans ces mêmes lois une protection efficace, qui ne le distingue pas des Français. Par application de ce principe, on a jugé que la loi du 10 vendémiaire an 4, qui rend les communes responsables lorsque des délits contre les personnes ou les propriétés ont été commis sur leur territoire par des attroupements ou rassemblements, pouvait être invoquée dans l'intérêt des étrangers. (V. arrêt de la Cour de cassation du 17 novembre 1834.)

En ce qui touche les actes reçus à l'étranger par les officiers publics, nous ajouterons à ce que dit l'auteur, que les consuls et agents diplomatiques français, accrédités à l'étranger, sont compétents pour recevoir certains actes; le Code le décide formellement pour

les actes de l'état civil des Français (art. 48). Ils ont le même pouvoir relativement aux testaments des Français. On ne peut argumenter en sens contraire du silence de l'art. 999, le Code civil n'étant pas la loi destinée à organiser d'une manière complète la compétence des consuls. D'ailleurs l'art. 994 suppose clairement cette compétence, puisqu'il déclare que l'officier du bâtiment cesse d'être compétent, si le bâtiment a abordé une terre étrangère *où se trouve un officier public français ;* ce qui suppose que sur une terre étrangère, il peut se trouver des officiers français chargés de recevoir des testaments. Une circulaire du 22 mars 1834 a décidé la question en faveur de la compétence des consuls, conformément à l'ord. de 1681, liv. 1, titre 9, art. 24. Cette circulaire va même jusqu'à leur reconnaître le droit de recevoir des testaments mystiques; ce qui n'avait pas été prévu par l'ordonnance; parce que autrefois le testament mystique n'était en usage que dans certaines provinces de la France, c'est-à-dire dans les pays de droit écrit.

Il nous reste, pour terminer ce qui concerne la forme des actes, à examiner quels sont à cet égard les divers usages européens. La règle *locus regit actum* est consacrée textuellement dans le Code Bavarois (partie 1, chap. 2, 17); dans le Code Néerlandais (art. 10); dans le Digeste Russe (lois civiles, X ; Supplém. art. 546). (Voyez, pour plus amples détails, la dissertation de M. Fœlix, *Revue étrangère et française*, etc., tome VII, page 346 et suiv.

SECTION III.

Comment la Loi étend son empire territorial sur les biens.

La loi qui régit les biens est appelée *statut réel*, comme celle qui régit la personne est appelée *statut personnel*, dans le langage ordinaire de la jurisprudence (*a*).

(*a*) Les anciens auteurs emploient toujours dans les questions re-

On distingue les deux espèces par l'objet immédiat que le législateur a eu en vue : là le statut est personnel, où la loi règle d'une manière indéterminée la capacité ou l'incapacité civile de l'homme, sa qualité de citoyen, celle de père, d'époux, ou d'enfant légitime : là au contraire il est réel, où il dispose des biens en faveur d'un tiers, ou les rend indisponibles entre les mains du possesseur actuel pour les transmettre à un autre après lui.

La loi qui règle la prescription et transporte la propriété du premier maître entre les mains du nouveau possesseur; celle qui réglant les successions se saisit du patrimoine du défunt, pour le distribuer aux héritiers qu'elle nomme elle-même; celle qui dispose de l'usufruit des biens des enfants mineurs, jusqu'à l'âge de dix-huit ans, au profit de leurs père et mère, sont autant de statuts réels, puisqu'elles disposent par elles-mêmes des biens, sans le fait du propriétaire.

Les statuts réels sont donc, pour la disposition des biens situés dans leur ressort, ce que les statuts personnels sont au réglement des qualités de la personne domiciliée dans l'Empire pour lequel ils sont portés.

Les immeubles sont toujours régis par la loi de leur situation ; et chaque fois que ce statut est prohibitif de toute autre disposition que celle qu'il ren-

---

latives au conflit des lois l'expression de *statut*, qui, à l'époque où ils écrivaient, désignait les lois municipales régissant les provinces et les villes.

ferme, il l'emporte, en faveur de ceux qui sont habiles à l'invoquer, sur les dispositions contraires soit de l'homme, soit du statut personnel que nous avons dit étendre ses effets partout où la personne a des biens.

Ainsi, aucune confiscation ne peut être prononcée, aucun impôt ne peut être assis sur les immeubles, que par la loi sous l'empire de laquelle ils sont situés (*a*).

Ainsi, les jugements rendus en pays étrangers et non déclarés exécutoires par les Tribunaux français (art. 2123 C. c.), comme encore les contrats passés en pays étrangers, ne peuvent donner d'hypothèque sur les biens situés en France, à moins qu'il n'y ait des dispositions contraires à ce principe, dans les lois politiques ou dans les traités. (Art. 2128 C. c.) (*b*)

(*a*) La confiscation des biens a été abolie par la Charte de 1814, art. 66. Cette abolition a été confirmée par la Charte de 1830, art. 57.

(*b*) La disposition de l'art. 2128 n'est pas la conséquence nécessaire des principes posés ci-dessus. Pourquoi un notaire étranger ne pourrait-il pas recevoir une convention, par laquelle un propriétaire greverait d'hypothèque ses biens situés en France? On n'en peut donner aucune bonne raison. Il est admis sans contestation qu'un propriétaire d'immeubles situés à l'étranger peut en transférer la pleine propriété pardevant les officiers publics étrangers; à plus forte raison devrait-il avoir la faculté de grever ces mêmes immeubles d'une simple charge hypothécaire. La disposition bizarre de l'article 2128 prive le Français qui se trouve à l'étranger, d'un puissant

C'est par suite des mêmes principes qu'on doit décider :

1° Que si un homme est habitant d'un lieu où la prescription des immeubles n'est acquise que par trente ans, et qu'il soit propriétaire d'un domaine situé dans un pays où la prescription a lieu par vingt ans, il perdra la propriété de son domaine dès qu'un tiers en aura joui de bonne foi, pendant ce dernier délai, parce que la prescription étant l'effet d'un statut réel, c'est uniquement la loi de la situation des fonds, qu'il faut consulter en cette matière ;

2° Qu'un étranger qui posséderait des biens en France, et y aurait des enfants établis et jouissant des droits civils français, serait obligé de se conformer au statut de France sur la réserve légale que le Code assure aux descendants, lors même que la loi du domicile de cet étranger lui permettrait ou d'exhéréder ses enfants, ou de les réduire à une portion moindre

---

moyen de crédit. Elle s'est glissée dans le Code civil, par suite d'une confusion qu'on a faite entre l'hypothèque et *la force exécutoire des actes ;* et cette confusion provient elle-même de ce qu'autrefois tous les actes exécutoires emportaient hypothèque. Mais d'une part cette simultanéité d'effets n'est plus attachée aujourd'hui aux actes notariés en général, lesquels sont exécutoires, et cependant ne confèrent pas hypothèque de plein droit et sans une convention spéciale (V. art. 2127 et 2129); et, d'autre part, certaines hypothèques existent indépendamment de tout acte exécutoire ; telles sont les hypothèques légales, et les priviléges qu'on peut qualifier d'hypothèques privilégiées.

que celle qui est assurée par le Code; parce que d'une part, les immeubles situés en France sont régis par la loi française; et que, d'autre côté, les enfants domiciliés en France seraient habiles à invoquer la loi du corps politique dont ils seraient membres (*a*);

3° Que dans l'hypothèse qu'on vient de faire, si l'étranger, propriétaire de biens en France, appartenait à une nation à l'égard de laquelle le droit d'aubaine fût en usage, et qu'il mourût sans laisser d'héritiers régnicoles en France, c'est vainement que les héritiers légitimes de son pays, ou ceux qu'il aurait institués dans son testament, se présenteraient pour recueillir les biens qu'il aurait laissés dans le Royaume, parce que le statut réel les écarterait en faveur du fisc exerçant le droit d'aubaine (*b*).

On voit, par l'exemple de ce testament, qu'un acte se trouve inutile, quand il est contraire au statut réel prohibitif; comme il est nul, quand il est contraire

---

(*a*) Appliquez aux ascendants ce que l'auteur dit des descendants. Remarquez en outre que depuis la loi du 14 juillet 1819, les étrangers succèdent et ont la même réserve que les Français. (V. le chapitre XI, *des aubains ou étrangers*.)

(*b*) Les parents étrangers ne sont plus exclus de la succession depuis la loi du 14 juillet 1819. Ainsi depuis cette loi on ne peut plus donner ce troisième exemple. Du reste l'auteur suppose que le Code civil avait rétabli ce qu'on appelait autrefois *le droit d'aubaine*. Nous nous réservons d'examiner cette dernière question au chapitre XI, section 1re, où il est traité des droits des étrangers.

au statut personnel prononçant l'incapacité de celui qui l'a fait; mais il faut bien se garder de confondre la manière dont l'un et l'autre de ces statuts opèrent, lorsqu'ils privent un acte de ses effets.

L'acte contraire à la loi qui frappe la personne d'incapacité est absolument nul, et en conséquence il ne peut rien produire, en aucun temps, ni en aucun lieu (*a*).

Mais l'acte contraire au statut réel prohibitif, n'est pas nul en lui-même, et il peut obtenir tout ou partie de ses effets, suivant la diversité des lieux et des temps.

Ainsi, le testament de l'étranger, fait au profit d'un étranger à l'égard duquel le Gouvernement français exerce le droit d'aubaine, n'aura aucun effet sur les biens situés dans le Royaume, parce qu'ils sont sous la main de la loi française qui en dispose autrement; mais il obtiendra sa pleine exécution sur les biens situés dans la patrie du testateur et du légataire, parce que c'est la loi de ce pays qui régit ces biens, et qu'elle permet à l'homme d'en disposer (*b*).

(*a*) Il est des actes contraires aux lois sur les incapacités, qui ne sont pas absolument nuls. Si par exemple un mineur, un interdit, une femme mariée ont fait des actes dont ils étaient incapables, ils peuvent seuls argumenter de leur incapacité. (V. art. 225 et 1125.) Et ils ne sont même plus recevables dans leur action en nullité, lorsque dix ans se sont écoulés depuis l'époque où ils sont devenus capables (art. 1304).

(*b*) Voy. relativement à l'expression *droit d'aubaine*, la note *b* de la page 94.

Ainsi encore, à supposer que l'exercice du droit d'aubaine en vigueur à l'époque de la confection du testament, se trouve aboli par les traités, au moment de la mort du testateur, ses dispositions seront aussi exécutées en France, comme valables en elles-mêmes, et ne trouvant plus d'obstacle au moment où le droit qui en dérive est ouvert (*a*).

Et pour en revenir à des applications plus utiles en nous rapprochant des circonstances transitoires où nous sommes : supposons que, sous la loi du 17 nivôse an II, un homme ayant des frères, ait disposé de tous ses biens en faveur d'un tiers ; qu'il ait survécu à la promulgation du Code ; et que, décédant aujourd'hui, il laisse toujours ses frères pour plus proches parents ; sa donation ou son testament, quoique contraires au décret du 17 nivôse, seront valables, parce que la loi qui seule régit sa succession, ne contient plus de réserve pour les frères.

La raison de cette différence entre les effets du statut personnel et ceux du statut réel, c'est que le premier, privant l'homme de sa capacité civile, rend l'acte qu'il fait comme n'existant pas (*b*).

Le statut réel, au contraire, ne rend pas l'acte nul : il ne met obstacle à son exécution que pour disposer lui-même d'une autre manière ; d'où il résulte que

---

(*a*) Voy. p. 94, note *b*, sur le droit d'aubaine.

(*b*) Voy. p. 95, note *a*.

s'il est abrogé au moment de l'ouverture de la succession, comme il ne dispose plus alors, il n'y a plus d'obstacle aux libéralités de l'homme.

Qu'un père, par exemple, qui a quatre enfants, fasse une donation de tous ses biens à un étranger : elle sera très-valable, si elle est revêtue de toutes les formes requises, et ce donateur sera, dans tous les temps, non-recevable à révoquer lui-même sa libéralité : après sa mort, ses enfants la feront réduire au quart disponible, parce qu'ils seront les donataires de la loi : ils auront en leur faveur une donation qui, pour les trois quarts des biens, l'emportera sur celle faite à l'étranger par leur père ; mais qu'ils viennent à mourir tous avant le donateur, et que celui-ci ne laisse aucun ascendant, nul autre parent ne pourra s'opposer à l'exécution entière de sa donation.

OBSERVATIONS.

La règle que les immeubles sont régis par la loi de leur situation, est une règle universellement admise dans les divers états européens (V. l'art. de M. Fœlix, *Revue française et étrangère*, etc., t. VII, n° 30, p. 220). Toutefois quelques auteurs ont admis une exception à ce principe : cette exception est relative à la dévolution de l'ensemble des biens d'une personne décédée. (V. M. Fœlix, n° 37, p. 307.) Voici comment ces auteurs argumentent. La succession *ab instestat*, disent-ils, est dévolue conformément à la volonté présumée du défunt ; or, pour interpréter la volonté du défunt, on doit se référer à la loi de sa patrie. On invoque encore une autre considération : c'est que les créanciers trouvent des inconvénients dans la distribution des biens en autant de patrimoines qu'il y a



de pays où les biens sont situés. Enfin, dit-on, l'Etat n'a en définitive aucun intérêt dans la question; que lui importe en effet à quelles personnes seront dévolus les biens de la succession?

Nous admettons l'opinion contraire, et voici les motifs qui nous déterminent. Il n'est pas vrai que les lois relatives aux successions ab intestat ne soient autre chose que l'expression de la volonté présumée du défunt; très-souvent elles ont aussi un objet politique; par exemple de favoriser soit le morcellement, soit la concentration des fortunes. Ainsi, par exemple, sous l'empire du Code, un collatéral du douzième degré peut concourir avec le père ou la mère du défunt; et certainement, si le Législateur n'avait eu en vue que les affections du défunt, il se serait, dans ce cas, singulièrement mépris. Lorsque la succession ab intestat est recueillie à titre de réserve, la théorie que nous combattons devient évidemment insoutenable. En effet la dévolution légale de la portion de biens réservée ne peut être modifiée, même par la volonté expresse qu'aurait manifestée le *de cujus*. Dès-lors, nous pensons qu'il n'y a pas de motif suffisant pour déroger en matière de succession à la règle générale, d'après laquelle les immeubles sont régis par la loi de la situation.

L'art. 3 du Code civil déclare que les immeubles situés en France sont régis par la loi française. Mais cet article ne s'explique pas en ce qui concerne les meubles. Nous devons donc présenter quelques observations sur cette matière. La plupart des auteurs pensent que les meubles sont régis par la loi de la patrie du propriétaire; voici comment ils raisonnent. Les meubles n'ont pas une assiette fixe dans tel ou tel lieu; ils doivent donc être considérés comme suivant le propriétaire, et n'ayant pas d'autre situation que celle de son domicile. Telle est notamment l'opinion de M. Merlin, qui du reste remarque très-bien, après Voët, que cette fiction ne devrait pas à la rigueur dépasser les frontières de chaque souveraineté; mais que les lois peuvent se prêter, par une sorte de courtoisie, à ce qu'elle agisse même au dehors (V. Rép., V° *Loi*, § 6, n° 3). La Cour royale de Paris, par deux arrêts, l'un du 1er

février 1836, et l'autre du 3 février 1838, a jugé que la succession mobilière d'un étranger décédé en France se partage d'après la loi du domicile du défunt.

Le Code Prussien (art. 28 de l'introduction), et le Code civil d'Autriche (art. 300), décident positivement que les biens meubles sont soumis aux mêmes lois qui régissent la personne du propriétaire.

Il en paraît être autrement du Code Bavarois (part. 1, chap. 2, art. 17), et du Code du canton de Berne, (art. 4).

Pour nous, nous appliquerons à la matière des meubles appartenant aux étrangers, le principe qui nous a guidés en ce qui concerne l'état et la capacité des personnes étrangères; c'est-à-dire, que nous suivrons la loi étrangère, toutes les fois qu'il n'en résultera pas d'inconvénients graves pour la France. Cette règle paraît supposée par l'article 3 du Code civil; et comme nous n'avons pas un grand intérêt à repousser en matière de successions mobilières, une règle fondée sur une juste réciprocité d'égards entre les nations européennes, nous appliquerons en principe la loi étrangère à ces successions laissées par des étrangers. Mais, d'un autre côté, nous ne balançons pas à regarder comme applicable aux meubles laissés en France par un étranger décédé, l'art. 2 de la loi du 14 juillet 1819 qui, dans le cas de partage d'une même succession entre des cohéritiers étrangers et français, autorise les héritiers français à prélever sur les biens *situés en France*, une portion égale à la valeur des biens situés en pays étranger, dont ils seraient exclus à quelque titre que ce soit, en vertu des lois et coutumes locales. Peu importe que le mot *situés* employé dans cet article paraisse se référer plus spécialement aux immeubles; le but qu'on se propose dans cet article, est de rétablir l'égalité dans l'intérêt des héritiers français; et il n'est pas douteux qu'on ne veuille l'atteindre par tous les moyens possibles.

Tout le monde s'accorde à appliquer la loi française aux meubles des étrangers, en ce qui concerne les effets de la possession, les priviléges, et enfin les voies d'exécution.

CHAPITRE VI.

De la loi sous ses rapports avec l'ordre judiciaire.

Le juge applique la loi; il ne la peut pas faire.

Comme nous l'avons déjà observé, un des plus grands avantages qui nous restent d'une révolution d'ailleurs si terrible, c'est l'unité de législation en France; mais ce bienfait ne serait bientôt qu'une illusion, s'il était permis aux divers Tribunaux de créer des réglements, chacun à leur manière.

La nature des choses résiste elle-même à ce que le pouvoir législatif soit confondu dans le pouvoir judiciaire; car autrement la sentence la plus contraire à la justice, devrait passer pour civilement juste, comme étant conforme à la loi qui serait dans la volonté du juge législateur.

C'est donc avec raison qu'il est défendu aux juges de prononcer, par voie de dispositions générales et réglementaires, sur les causes qui leur sont soumises. (Art. 5 C. c.)

Il leur est défendu aussi de calomnier la loi, en refusant de juger sous prétexte qu'elle est silencieuse, obscure ou insuffisante (art. 4 C. c.) : si le texte paraît silencieux à celui qui n'en fait qu'une lecture légère, les principes qu'il établit sont éloquents pour celui qui a soin de les méditer.

Par cette sage défense, les auteurs du Code civil ont voulu écarter les recours à l'autorité, et par conséquent l'usage des rescrits dans les affaires de détail; usage qui dégénère bientôt en abus, parce que ces décisions, quoique rendues par des considérations particulières, finissent par conquérir l'empire de la règle commune, sans avoir été méditées comme les lois, sous tous les rapports de l'intérêt général.

OBSERVATIONS.

Dans le chapitre 6, M. Proudhon commente les articles 4 et 5 du Code civil.

I. Sur l'article 5, nous n'avons qu'une observation à faire, c'est qu'il a consacré l'abrogation déjà prononcée par loi du 16-24 août 1790 (tit. 2, art. 12), de l'usage où étaient les anciens Parlements de rendre des *arrêts de réglements*, c'est-à-dire de régler à l'avance et d'une manière générale, comment la justice serait rendue sur tel ou tel point dans leur ressort. Cet usage, qui a souvent produit d'heureux résultats, ne pouvait plus subsister, depuis que l'unité de législation et l'exacte délimitation des pouvoirs législatifs et judiciaires étaient devenus deux principes fondamentaux de la nouvelle constitution politique. (Comp. C. pén., art. 127.)

II. La disposition de l'article 4 donnera lieu à de plus longs développements.

Suivant M. Proudhon, ce serait *calomnier la loi* que de la déclarer silencieuse, obscure ou insuffisante. Il résulterait de cette thèse que les lois françaises ne présentent jamais d'obscurité ni de lacune; et cependant on fait tous les jours des lois pour combler les lacunes des lois antérieures, ou pour faire cesser les incertitudes des Magistrats chargés de les appliquer. Déjà même à l'époque où écrivait l'auteur, la loi du 16 septembre 1807 décidait qu'après

deux cassations, il y aurait lieu à une interprétation officielle de la loi; ce qui supposait évidemment qu'elle pouvait être obscure, même pour les corps judiciaires de l'ordre le plus élevé.

C'est ici qu'il convient de présenter un historique des différents systèmes admis depuis le commencement de la Révolution, sur l'*interprétation réglementaire* des lois. On peut à cet égard distinguer quatre époques.

1re *Epoque*. Sous l'empire de la loi du 16-24 août 1790 (titre 2, art. 12), les Tribunaux pouvaient demander au corps législatif une interprétation de la loi. On abusa de cette disposition, et souvent les Tribunaux s'abstenant de juger en référaient au législateur; le cours de la justice se trouvait ainsi interrompu. M. Proudhon fait allusion à cet abus dans le dernier alinéa de ce chapitre 6. Quelquefois le référé au corps législatif était forcé. C'était dans le cas où un jugement ayant été cassé deux fois entre les mêmes parties et sur les mêmes moyens, le troisième Tribunal auquel l'affaire avait été renvoyée, avait jugé de la même manière que les deux premiers. (Loi du 27 novembre - 1er décembre 1790, art. 21.) Dans ce cas le Tribunal de cassation, avant de rendre son troisième jugement, devait attendre un décret déclaratoire de la loi. Ce décret sanctionné par le Roi devenait une véritable loi dont les Tribunaux ne pouvaient s'écarter (Aj. Const. de l'an 3, art. 256, et loi du 27 ventôse an 8, art. 78).

2e *Epoque*. Cet état de choses dura jusqu'à la loi du 16 septembre 1807. D'après cette loi il y avait lieu à interprétation de la loi, si la Cour de cassation ayant annulé deux jugements en dernier ressort, rendus dans la même affaire entre les mêmes parties, et qui avaient été attaqués par les mêmes moyens, le troisième jugement avait été également attaqué par les mêmes moyens. Le deuxième arrêt de la Cour de cassation était rendu sections réunies (Comp., L. du 27 ventôse an 8, art. 78), sous la présidence du Ministre de la justice. Mais l'interprétation pouvait être demandée par la Cour de cassation avant le second arrêt. L'innovation la plus grave résultant de cette loi, c'est que l'interprétation devait être donnée

dans la forme des réglements d'administration publique, c'est-à-dire, par le Gouvernement sur l'avis du Conseil d'Etat. Cette innovation était motivée sur ce que le Gouvernement ayant l'initiative des lois, en connaissait parfaitement l'esprit. Mais on pouvait craindre que cet esprit ne fût faussé dans l'intérêt du pouvoir.

3e *Époque*. La loi du 16 septembre 1807 fut abrogée par la loi du 30 juillet 1808. Cette loi vivement sollicitée par l'opinion publique rendit au pouvoir législatif le droit d'interpréter la loi; ce fut la consécration de la fameuse maxime : *ejus est interpretari legem cujus est condere*. Mais comme la loi interprétative proposée aux chambres pouvait n'être votée qu'après bien des lenteurs, et que l'expédition des procès restait en souffrance, la loi voulut que le référé au corps législatif eût lieu après la cassation du second jugement, et que l'affaire fût jugée définitivement *par une Cour royale, toutes les chambres assemblées*, dont le nouvel arrêt ne pouvait être attaqué par les mêmes moyens, par la voie du recours en cassation.

Cette loi tant sollicitée eut en pratique de graves inconvénients. D'abord les référés au pouvoir législatif s'accumulèrent, sans qu'il leur fût donné aucune suite. Puis on trouva que la Cour de cassation perdait la haute influence qu'elle devait avoir, puisque c'était une Cour royale, et non la Cour de cassation qui avait le dernier mot sur la question controversée.

4e *Epoque*. La loi de 1828 fut abrogée par la loi du 1er avril 1837. Cette dernière loi introduit deux graves innovations : 1° elle supprime toute espèce *de référé* à un pouvoir chargé d'interpréter la loi; 2° elle veut qu'après la deuxième cassation, le Tribunal auquel l'affaire est renvoyée, se conforme sur le point de droit à la décision de la Cour de cassation. Mais cette loi, tout en conférant à la Cour de cassation une autorité nouvelle, ne lui donne pas le droit d'interpréter les lois d'une manière réglementaire; car dans tout procès autre que celui qui a donné lieu aux deux cassations, les Tribunaux peuvent s'écarter de la doctrine qu'elle a embrassée.

CHAPITRE VII.

Notions générales sur l'état des personnes.

L'état des personnes est ou politique ou civil.

L'état politique des personnes se compose des qualités requises pour être admis à l'exercice des droits de citoyen actif, et voter soit dans les élections confiées au peuple, soit dans les corps électoraux, ainsi que des conditions exigées pour être promu à différentes fonctions publiques (*a*).

(*a*) Aujourd'hui il n'y a plus à distinguer entre les élections confiées au peuple et les corps électoraux. A l'époque où l'auteur écrivait, voici ce qui était établi par le Sénatus-Consulte organique du 16 thermidor an X. Tous les citoyens domiciliés dans un canton formaient une assemblée nommée *assemblée de canton*, et chargée de présenter des candidats pour les fonctions de juges de paix, de suppléants de juges de paix et de membres des conseils municipaux. Les assemblées de cantons nommaient en outre les membres des *Colléges électoraux d'arrondissement et de département*. Ces Colléges électoraux présentaient, d'après certaines combinaisons qu'il serait trop long d'exposer ici, des listes de candidats sur lesquelles le Sénat nommait les membres du Corps législatif et du Tribunat, et le Premier Consul les membres des Conseils d'arrondissement et des Conseils généraux de département. Les *Colléges électoraux* concouraient aussi à la nomination des membres du Sénat. Cette législation constitutionnelle si compliquée ne fut exé-

L'état civil des personnes se compose des simples droits de cité résultants de la fixation du domicile ; des rapports de parenté et d'alliance ; des qualités et des droits que la loi attache au sexe, à l'âge des personnes et à leur constitution physique et morale ; de la capacité légale et des facultés requises pour paraître et participer valablement aux transactions sociales.

Les droits politiques, plus importants dans leur exercice, n'appartiennent qu'aux membres du corps capables de délibérer sur ses intérêts : il n'y a que les mâles et majeurs qui puissent en être revêtus : la justice départit les droits civils à tous ceux qui n'ont pas mérité de les perdre, quels que soient leur âge et leur sexe.

Les qualités qui constituent ou modifient l'état civil de la personne, ont aussi des effets divers sur ses biens :

---

cutée que très incomplètement, et tomba bientôt en désuétude quant à une grande partie de ses dispositions ; aujourd'hui elle a complètement disparu. La simple qualité de citoyen ne confère plus par elle-même le droit d'élire ; il faut réunir en outre, suivant la nature des élections, des conditions particulières d'âge et de fortune. D'un autre côté ceux des citoyens qui ont le droit de voter, nomment directement les membres de la Chambre des députés, des Conseils de département et d'arrondissement et des Conseils municipaux. En d'autres termes, il n'y a, quant à la formation de ces diverses assemblées, ni candidats présentés au Gouvernement, ni double degré d'élection.

par exemple, les qualités de père légitime et de fils mineur emportent le droit d'usufruit légal au profit des père et mère sur les biens de leurs enfants âgés de moins de dix-huit ans (art. 384 C. c.); comme celle d'époux donne au mari la jouissance des biens dotaux de la femme (art. 1530, 1549 C. c.), parce que la loi attache ainsi les divers intérêts pécuniaires des personnes, aux divers rangs qu'elles occupent dans la société ou dans la famille.

Mais, dans les principes du droit, il ne faut pas confondre ces effets avec leur cause.

Les qualités civiles appartiennent entièrement au droit public de l'état, puisqu'elles tiennent à son organisation; d'où il résulte qu'elles ne peuvent être acquises ou modifiées par aucune convention particulière. (Art. 6, C. c.) (*a*).

Il n'en est pas de même des intérêts pécuniaires qui dérivent de telle ou telle qualité : ici la disposition de la loi, régulièrement parlant, n'appartient plus qu'au droit privé auquel il est permis de déroger.

Ainsi, quoique le père ne puisse renoncer à l'autorité qu'il a sur son fils mineur, avant l'âge requis pour l'émancipation, il peut valablement renoncer à l'usufruit que la loi lui accorde sur les biens de celui-ci : ainsi, un étranger qui fait une donation au fils mineur, peut en prohiber l'usufruit au père (art. 387 C. c.),

---

(*a*) Nous avons déjà fait remarquer qu'on devait placer les lois *sur l'état des personnes*, parmi les lois privées. Au reste nous avouons que ces lois intéressent éminemment l'ordre public.

quoiqu'il ne puisse soustraire le fils à la puissance paternelle : ainsi encore, quoique les époux ne puissent, en se mariant, convenir que la femme sera personnellement émancipée de l'autorité maritale (art. 1388 C. c.), ils peuvent néanmoins soustraire ses biens au domaine civil du mari (*a*), en réservant leur administration et

---

(*a*) Les époux ne peuvent pas convenir que la femme aliénera ses immeubles sans autorisation maritale; mais cette convention est licite quant aux meubles de la femme. Il faut donc reconnaître que les conventions matrimoniales peuvent modifier la capacité de la femme mariée; seulement elles ne peuvent la modifier que dans les limites fixées par la loi.

Nous ajouterons une remarque sur une expression de l'auteur; nous voulons parler des mots *domaine civil du mari*. Cette expression a été employée par certains interprètes du Droit romain; voici en quel sens. Dans les principes de l'ancien Droit romain, le mari *propriétaire* de la dot, en était débiteur envers sa femme (V. L. 7, § 3, ff. *de jure dotium*). Justinien qui attribuait à la femme l'option entre l'action en revendication de sa dot, et l'action hypothécaire sur les biens du mari, justifie cette décision législative en disant : *Cum eædem res et ab initio uxoris fuerint, et naturaliter in ejus permanserint dominio. Non enim, quod legum subtilitate transitus earum in patrimonium mariti videatur fieri, ideo rei veritas deleta vel confusa est.* (L. 30, C. *de jure dotium*). C'est sur ce texte qu'on a établi cette distinction d'un domaine civil appartenant au mari, et d'un *domaine naturel* appartenant à la femme. Mais cette idée subtile n'a point été reproduite dans la rédaction du Code civil. La loi considère le mari comme *administrateur* des biens personnels de sa femme (art. 1428 et 1549), et comme devant rendre compte des capitaux, en gardant les revenus qui lui appartiennent parce qu'il supporte les charges du ménage.

jouissance au profit de l'épouse. (Art. 1536, 1573 C. c.)

OBSERVATIONS.

Une convention est nulle, bien qu'elle ne puisse avoir pour résultat un fait légalement punissable, lorsqu'elle tend à détruire une certaine organisation politique ou civile, qui est d'une haute importance aux yeux du législateur (c'est là ce qu'on appelle *l'ordre public ;* V, art. 6 et 1133); par exemple, si la convention a pour but d'empêcher un citoyen d'exercer ses droits électoraux. On peut, comme le fait l'auteur, ranger dans cette catégorie les conventions qui tendent à modifier, hors des cas déterminés par la loi, ce qu'on appelle *l'état des personnes.*

Au reste l'appréciation de ce qui constitue l'*ordre public* est souvent assez délicate, et est abandonnée à la sagesse des Tribunaux.

Nous ferons observer, en finissant, que le mot *convention* employé dans l'article 6 n'est pas assez général, et que les prohibitions prononcées dans cet article s'appliquent aux autres actes de la volonté qui produisent des droits, par exemple, aux testaments.

CHAPITRE VIII.

De l'état politique des citoyens français.

A qui appartiennent les droits politiques de cité?
Quelles sont les prérogatives attachées à ces droits?
Comment leur exercice peut-il être suspendu, et comment peut-on en être entièrement déchu?

SECTION Ire.

A qui appartiennent les Droits politiques de cité?

Les droits politiques étant exclusivement attachés à la qualité de citoyen, les femmes, les mineurs, les interdits, etc., quoique nés Français, ne peuvent y participer.

On peut être revêtu de la qualité de citoyen, ou par le droit de la naissance, ou par celui de la naturalisation : nous traiterons des effets de la naturalisation en parlant de l'étranger.

Celui-là est citoyen français, par droit de naissance, qui, né de père et mère domiciliés en France, est âgé de vingt-un ans accomplis, s'est fait inscrire sur le registre civique de son arrondissement communal, et qui, postérieurement à cette inscription, réside, depuis un an, sur le territoire du Royaume.

C'est par le rapprochement de la Constitution de l'an 8 et du Code, que nous justifions cette définition.

Suivant l'art. 2 de cet acte constitutionnel, « Tout » homme *né et résidant en France*, qui, âgé de » vingt-un ans accomplis, s'est fait inscrire sur le » registre civique de son arrondissement communal, » et qui a demeuré depuis, pendant un an, sur le » territoire de la République, est citoyen français » ; et l'article 9 du Code civil porte que : « Tout indi- » vidu *né en France*, d'un étranger, pourra, dans » l'année qui suivra l'époque de sa majorité, réclamer » la qualité de français; pourvu que, *dans le cas où il* » *résiderait en France*, il déclare que son intention » est d'y fixer son domicile, etc. » Comment doit-on concilier ces deux dispositions?

Supposons qu'un étranger existant temporairement en France y ait un enfant; qu'il l'y laise pour lui donner une éducation française; que celui-ci parvenu à sa majorité et même à un âge plus avancé, sans être sorti de France, se soit fait inscrire, à une époque quelconque, sur le registre de l'arrondissement communal, sans avoir fait aucune autre déclaration ni soumission : il sera *majeur*, *né* et *résidant en France*, et *inscrit* sur le registre civique : sera-t-il citoyen de plein droit, d'après l'acte constitutionnel, tandis que l'article 9 du Code ne lui accorderait pas même la qualité de français, comme n'ayant pas fait, dans le délai prescrit, les déclaration et soumission qu'il exige?

Il est évident que, pour être citoyen, il faut d'abord être français, parce qu'on ne peut être le plus sans être le moins; et comme le Code est le meilleur interprète de la Constitution, on doit conclure de la manière dont il dispose, que ces expressions de l'acte constitutionnel, *né et résidant en France*, ne s'entendent point d'une simple résidence de fait, mais d'un véritable domicile natal; d'où il résulte que, pour être citoyen français par droit de naissance, il faut être né de parents domiciliés en France.

OBSERVATIONS.

Nous ne pouvons admettre la conclusion de l'auteur et la conciliation qu'il propose entre le Code civil et la Constitution de l'an VIII. L'art. 2 de cette Constitution n'avait pas pour objet de déterminer les règles à suivre pour l'acquisition de la qualité de français, mais uniquement les règles au moyen desquelles le Français pouvait acquérir la qualité de *citoyen*. Or, d'après le droit suivi en France antérieurement au Code civil, *tout homme né* sur le territoire français était français. Ce qui prouve qu'on avait voulu désigner le français par cette expression *tout homme né et résidant en France ;* c'est la rédaction de l'art. 3 de la Constitution, où l'on pose une règle spéciale concernant l'*étranger* qui veut devenir citoyen. D'où l'on doit tirer cette conséquence que le Code civil, ayant modifié les règles relatives à l'acquisition de la qualité de français, a par là même modifié l'art. 2 de la Constitution de l'an VIII. Nous dirons donc que le bénéfice de cet article sera uniquement applicable à celui qui, né en France d'un étranger, aura rempli pour devenir français les formalités prescrites par l'art. 9 du Code civil. La circonstance que le père de cet enfant avait son domicile en France, n'empêche pas le père d'être étranger; et par

conséquent le fils est dans la nécessité, pour devenir français, de remplir les formalités prescrites par l'art. 9.

Nous avons à faire sur l'acquisition de la qualité de citoyen une dernière remarque. La Charte de 1814 et celle de 1830 n'ont pas tracé de règle sur cet objet Mais comme d'après ces Chartes (1814, art. 68, et 1830, art. 59), les lois existantes restent en vigueur jusqu'à ce qu'il y soit légalement dérogé, et que ni les deux Chartes ni aucune loi postérieure n'ont statué sur cette matière, il en résulte que l'on devrait encore, pour la régler, suivre la Constitution de l'an VIII, qui a cessé à la vérité d'être loi fondamentale, mais qui a conservé la force de loi ordinaire.

Toutefois, comme on ne tient plus de registres civiques, il faut bien reconnaître que l'art. 2 de la Constitution est, partiellement du moins, tombé en désuétude. Mais une question se présente : doit-on considérer comme abrogée la nécessité du délai qui avait son point de départ dans l'inscription sur les registres ?

Un premier système consiste à dire que les Français mâles ne deviennent citoyens, qu'après avoir demeuré pendant un an après leur majorité, sur le territoire français. En d'autres termes, dans ce système nul ne pourrait être citoyen avant 22 ans. En effet, dit-on, puisque les registres civiques sont tombés en désuétude, nous devons considérer comme inscrits tous ceux qui avaient le droit de se faire inscrire, c'est-à-dire tous les Français mâles et majeurs. Mais il faudra en outre que le Français ait, depuis l'inscription fictive résultant de sa majorité, demeuré au moins pendant un an sur le territoire français.

On fait remarquer que l'âge de 22 ans a été effectivement exigé pour diverses fonctions qui ne peuvent être remplies que par des citoyens français. Ainsi, pour être substitut du procureur du Roi, il faut avoir 22 ans. Les conseillers auditeurs dans les Cours, à l'époque où existait ce noviciat à la magistrature, ne pouvaient suppléer les conseillers avant 22 ans. Il y a mieux : bien que la profession d'avocat ne constitue pas à proprement parler une fonction publique, l'avocat stagiaire qui n'a pas 22 ans ne peut pas exercer

ses fonctions dans toute leur plénitude (Ordon. du 20 nov. 1822, art. 34 et 36). Il est évident que dans la pensée de ceux qui ont établi ces diverses dispositions, on ne pouvait être citoyen avant l'âge de 22 ans. Comment en effet aurait-on choisi précisément cet âge qui n'est pas celui de la nouvelle ni de l'ancienne majorité civile?

Cette différence d'une année entre la majorité civile et la majorité politique s'explique très-bien. Avant qu'un Français majeur civilement pût exercer des droits politiques, la Constitution exigeait en forme de garantie qu'il eût manifesté l'intention de rester en France. Cette présomption de volonté ne pouvait résulter que d'une résidence suffisamment prolongée depuis l'époque où il avait acquis la liberté complète de ses actions.

Un 2e système consiste à dire que tout Français mâle et majeur est par là même citoyen, sauf les cas d'exception déterminés par la loi. Pour justifier cette opinion, voici comment on raisonne.

La Constitution de l'an VIII exigeait pour l'exercice des droits politiques certaines conditions de domicile. Le domicile politique à cette époque ne pouvait s'acquérir que par un an de résidence. Tout se liait dans cette Constitution. Ainsi, de même que pour acquérir la qualité de citoyen, le Français majeur devait résider pendant un an sur le territoire, de même *pour exercer les droits de cité dans un arrondissement communal* déterminé, il fallait y avoir acquis domicile par une année de résidence (Constitution de l'an VIII, tit. 1, art. 6). On conçoit parfaitement cette exigence sous l'empire d'une Constitution qui conférait le droit d'élection à chacun sans autres garanties.

Mais lorsque la Charte de 1814 concentra le droit de nommer les députés, entre les mains des Français âgés de 30 ans et payant trois cents francs de contributions directes, on put se dispenser d'exiger la garantie résultant d'un séjour plus ou moins prolongé en France. Aussi la loi électorale de 1817, art. 3, décida-t-elle que le domicile politique de tout Français serait dans le département où il aurait son domicile réel. Dès-lors fut virtuellement abrogée la dis-

position de la Constitution de l'an VIII sur la nécessité de la résidence d'une année dans un arrondissement communal.

D'un autre côté, nous allons voir qu'à la même époque, on regardait la qualité de citoyen comme acquise à l'âge de vingt-un ans accomplis.

L'ordonnance du Roi du 14 juillet 1815, portant dissolution de la Chambre des représentants des cent jours, décide, dans son article 8, que les électeurs des Colléges d'arrondissement et de département pourront siéger, *pourvu qu'ils aient l'âge de vingt-un ans accomplis*.

Une loi faite depuis la Charte de 1830 vient encore fournir un puissant argument en faveur de ce système. Il s'agit de la loi *sur l'organisation communale*, du 21 mars 1831, qui appelle à l'assemblée des électeurs communaux les plus imposés aux rôles des contributions directes de la commune, en les qualifiant de *citoyens*. (Chap. 2, art. 11.)

Adoptant cette dernière opinion, nous pensons qu'aujourd'hui tout Français mâle et majeur, c'est-à-dire âgé de vingt-un ans accomplis, est *citoyen*, sauf dans les cas où cette qualité lui est enlevée par une loi spéciale, et aussi sauf l'application des lois qui exigent un âge plus avancé pour l'exercice de certains droits politiques ou de certaines fonctions. En conséquence, si, dans un cas donné, la loi se borne à exiger la qualité de *citoyen*, sans autre mention relative à l'âge, comme le fait la loi du 25 ventôse an XI, relativement aux témoins instrumentaires (V. cette loi, art. 9), nous regarderons l'âge de vingt-un ans accomplis comme suffisant.

SECTION II.

Quelles sont les prérogatives attachées aux Droits politiques de cité?

Les droits politiques de cité consistent dans l'action

que *la Constitution et les sénatus-consultes* (*a*) accordent aux citoyens pour concourir, par leurs votes, à la formation des autorités constituées, et y être éligibles.

En conséquence, il n'y a que les citoyens qui aient le droit de voter *dans la formation des listes communales* (*b*) et dans les diverses élections.

La même qualité de citoyen est requise :

Pour être nommés candidats au Sénat conservateur (art. 9 de la Constit. — Art. 31, 61 et 63 du s.-c. du 16 ther. an 10, et art. 57 de celui du 28 floréal an 12);

Ministres et conseillers d'état (art. 58 de la Constit.);

Membres du Corps législatif et de la Cour des comptes (art. 20, 27 et 31 de la Constit., 29 et 32 du s.-c. du 16 thermid. an 10.

Juges et procureurs impériaux dans les Cours de cassation, d'appel, et les Tribunaux de première instance (art. 67 de la Const.);

Juges de paix et suppléants de juges de paix (art. 8 du s.-c. du 16 thermid. an 10);

Préfets, sous-préfets et conseillers de préfecture (art. 59 de la Constit.);

Maires et Adjoints de mairie (art. 10 du s.-c. du 16 thermid. an 10);

(*a*) Edition de 1810.

(*b*) Edition de 1810.

Membres des colléges électoraux soit d'arrondissements, soit de départements (art. 22 et 25 du s.-c. du 16 thermid. an 10);

Jurés (voyez l'art. 381 du Code d'instruction criminelle), notaires (art. 7 de la Constit., art. 1 de la loi du 25 ventôse an 11), témoins des actes entre-vifs passés devant notaires. (Art. 9 de cette dernière loi. Voyez Bull. 258, n° des lois 2240, 3e sér.)

OBSERVATIONS.

Nous n'avons rien changé, dans le texte de M. Proudhon, à l'énumération qu'il fait des prérogatives attachées à la qualité de *citoyen;* c'est une espèce de document historique utile à consulter; mais nous devons en même temps faire connaître les changements introduits dans cette partie de notre droit public.

I. La simple qualité de citoyen ne confère plus, sous la Charte qui nous régit, le droit d'élire à certaines fonctions publiques. D'autres conditions sont exigées. Nous présentons ici un tableau de ces diverses fonctions.

Telles sont les fonctions de député, de membre des Conseils généraux, des Conseils d'arrondissements et des Conseils municipaux. Les Maires et Adjoints sont désignés par le Roi ou le préfet, mais seulement parmi les membres du Conseil municipal, et sont par là indirectement le produit de l'élection (loi du 21 mars 1831, art. 3). Pour être électeur à ces diverses fonctions, il faut certaines conditions d'âge et de cens. Des citoyens peuvent, sans payer un cens déterminé, concourir à l'élection des membres des Conseils généraux, d'arrondissements et municipaux. Ce sont certains fonctionnaires publics, ainsi que d'autres citoyens qui sont légalement présumés offrir des garanties suffisantes de moralité et de capacité.

II. M. Proudhon comprend dans sa liste les membres du Sénat, du Corps législatif, et des colléges électoraux soit d'arrondissements,

soit de départements. Le Sénat est aujourd'hui remplacé par la Chambre des Pairs, le Corps législatif par la Chambre des Députés. Quant au système d'élection à deux degrés, il a été supprimé, et la qualité d'électeur est attribuée directement par la loi. Enfin il n'y a plus de colléges électoraux de départements. — Nous devons ajouter à la liste des fonctions électives pour lesquelles la qualité de citoyen est exigée, celles de membres des Conseils généraux, des Conseils d'arrondissements et des Conseils municipaux (V. loi du 21 mars 1831, art. 10, 11 et 13, et loi du 22 février 1833, art. 4 et 23). Nous avons vu plus haut qu'il fallait même être citoyen pour contribuer à l'élection de ces divers fonctionnaires.

III. Quant aux fonctions *non électives* ou autres prérogatives, dont parle M. Proudhon, pour lesquelles la qualité de citoyen était exigée de son temps, elle l'est encore aujourd'hui; il n'a pas été innové à cet égard.

IV. Nous ferons une dernière remarque : c'est que les *Cours d'appel*, après avoir pris la qualification de Cours impériales, sont appelées aujourd'hui *Cours royales*, et que les juges des diverses Cours ont le titre de *Conseillers*.

SECTION III.

Quand est-on suspendu de l'exercice des Droits politiques, et comment peut-on en être définitivement privé?

L'exercice des droits de citoyen français est suspendu:

Par l'état de débiteur failli, ou d'héritier immédiat, détenteur à titre gratuit, de la succession totale ou partielle d'un failli;

Par l'état de domestique à gages attaché au service de la personne ou du ménage;

Par l'état d'interdiction judiciaire, d'accusation ou de contumace. (Art. 5 de la Constit. de l'an VIII.)

L'on est totalement déchu et privé des droits de citoyen :

Par la naturalisation en pays étranger ;

Par l'acceptation, sans autorisation du Roi, de fonctions ou de pensions offertes par un Gouvernement étranger ;

Par la condamnation à des peines afflictives ou infamantes. (Art. 5 de la Constit. de l'an VIII, comparé à l'art. 17 du Code.)

OBSERVATIONS.

D'après la constitution de l'an VIII, la qualité de citoyen se perdait par l'acceptation de fonctions ou *pensions* offertes par un Gouvernement étranger. Le Code civil qui, dans son art. 7, déclare ne pas modifier les règles relatives à l'acquisition et à la conservation de la qualité de citoyen, décide (art. 17) que la qualité de Français ne sera perdue que par l'acceptation de *fonctions* publiques conférées par un Gouvernement étranger, sans autorisation du Roi. Il résulte de là que depuis la promulgation du Code civil, les Français qui acceptaient des pensions offertes par un Gouvernement étranger conservaient la qualité de Français, mais perdaient la qualité de citoyen. Il en était de même de ceux qui acceptaient avec autorisation des fonctions publiques à l'étranger. Nous examinons la question telle qu'elle résultait de la combinaison du Code civil et de la Constitution. Nous verrons dans le chapitre suivant si cette règle n'a pas été modifiée par les deux célèbres décrets des 6 août 1809 et 26 août 1811. Enfin nous ferons remarquer que le Code pénal (art. 42) a créé une nouvelle cause de suspension des droits politiques. Car les tribunaux jugeant correctionnellement, peuvent, dans les cas déterminés par la loi, interdire en tout ou en partie, mais seulement pour un temps, l'exercice des droits politiques.

CHAPITRE IX.

De l'état civil des Français.

A qui appartient cet état, par le droit de la naissance ?

Quelles sont les prérogatives attachées à la qualité de Français ?

Comment peut-on en être déchu ?

SECTION I[re].

A qui appartiennent les Droits civils par la naissance?

Les droits civils sont attachés à la qualité de *français* (art. 8 C. c.), comme les droits politiques sont attachés à celle de *citoyen*. (Art. 7 C. c.) (*a*)

Celui-là est français d'origine et par droit de naissance, qui est né de père et mère domiciliés en France. (*b*)

Cette prérogative appartient à celui qui est né en pays étranger d'un père français, comme à celui qui

(*a*) Les droits CIVILS sont les droits PRIVÉS; on les oppose aux droits politiques. Les Français ont tous les droits privés; nous verrons bientôt qu'il n'en est pas de même des étrangers.

(*b*) L'auteur dit *domiciliés en France*, ce qui se rattache à sa théorie de *l'incolat*, que nous examinerons plus tard.

est né en France (art. 10 C. c.), parce que l'enfant n'a pas d'autre origine, ni d'autre domicile natal que celui de son père dont il suit la condition.

Lorsqu'il est question d'un enfant né hors le mariage, il est français si sa mère elle-même est française, parce qu'il ne peut suivre que la condition de sa mère (*a*).

A l'égard de l'enfant né à l'étranger, hors le mariage, mais d'un père français qui l'a ensuite reconnu légalement, il doit encore être français et suivre la condition de son père, parce que la loi le constituant sous la puissance paternelle de celui-ci (art. 158 et 383 C. c.), et lui accordant des droits sur ses biens (art. 757 C. c.), le rend par là même participant des droits civils des Français (*b*).

(*a*) Cette décision est incontestable si le père est inconnu. Mais que déciderait-on si l'enfant naturel, né d'une mère française, avait été reconnu par un étranger? Nous nous expliquerons sur cette question dans nos observations placées à la fin de la section.

(*b*) L'auteur parle de l'enfant *né à l'étranger ;* mais la question se présenterait de même à l'égard de l'enfant qui serait né en France. Un des motifs donnés par l'auteur paraît n'être qu'une pétition de principe. En effet, si l'on décidait que l'enfant dont il s'agit est étranger, il n'aurait pas eu, avant la loi du 14 juillet 1819, les droits de succession conférés par l'art. 757. Aussi au temps où écrivait M. Proudhon, avant d'attribuer ces droits de succession à l'enfant, il aurait fallu établir ce qui est en question, c'est-à-dire, que cet enfant a la qualité de français. Le motif qui nous détermine à adopter l'opinion de l'auteur, c'est que dans nos usages modernes

Vainement dirait-on qu'il n'appartient pas à un individu d'accorder ainsi les droits de la naturalisation, par un simple acte de reconnaissance d'un enfant né en pays étranger; car, dès que le Code décide que l'enfant né d'un français, même en pays étranger, est français d'origine; s'il est né hors le mariage, il n'y a de difficulté que pour constater la paternité; d'où il résulte que si elle est constatée par la reconnaissance du père, c'est la loi elle-même qui déclare le fils français d'origine, et non pas simplement le père qui lui accorde les droits de la naturalisation, par sa propre autorité.

OBSERVATIONS.

Autrefois tout individu né en France était français, comme l'attestent une foule de monuments de l'ancienne jurisprudence. Ecoutons entre autres auteurs, Pothier dans son *Traité des personnes*. (Tit. 2, sect. 1.)

« Pour que ceux qui sont nés dans les pays de la domination française soient réputés français, on ne considère pas s'ils sont nés de parents français ou de parents étrangers; si les étrangers étaient domiciliés dans le royaume ou s'ils n'y étaient que passagers. Toutes ces circonstances sont indifférentes dans nos usages. La seule naissance dans ce royaume donne les droits de naturalité indépendam-

---

l'enfant naturel reconnu par ses père et mère porte le nom de son père et non celui de sa mère. En outre, notre loi, au cas de mariage de l'enfant, donne à la volonté du père, la prépondérance sur celle de la mère. (C. civ., art. 148 et 158.) Il nous paraît donc raisonnable de déterminer l'état de l'enfant par l'état du père.

ment de l'origine des père et mère et de leur demeure. » (V. aussi Intr. gén. aux cout., n° 34.)

Mais on considérait également comme français les enfants nés en pays étranger d'un père français. Voici ce que Pothier dit plus haut dans la même section :

« Des enfants nés dans un pays étranger d'un père français qui n'a pas établi son domicile dans ce pays, ni perdu l'esprit de retour, sont aussi français. » Et plus loin : « On appelle étrangers ceux qui sont nés de parents étrangers et hors des pays de la domination française. »

C'est conformément à ces principes que la loi du 30 avril-2 mai 1790, déterminant les conditions imposées aux individus qui veulent devenir français, ne parle que de ceux qui sont nés hors du royaume et de parents étrangers. De même encore la Constitution du 5 fructidor an III (tit. 2, art. 8), et celle du 22 frimaire an VIII (tit. 1, art. 2), prennent sans difficulté les mots *homme né et résidant en France*, comme synonymes du mot *français*, et tel est encore aujourd'hui l'état de la coutume anglaise.

Au Conseil d'Etat, on avait d'abord rédigé un article dans le même sens ; mais on fit remarquer que l'enfant né fortuitement en France de parents étrangers pourrait très-souvent dédaigner la faveur de la loi, ou n'en profiter que pour emporter dans son pays le montant des successions qu'il recueillerait en qualité de français. En conséquence on décida que la nationalité de l'enfant dépendrait de celle de la famille à laquelle il se rattache, et non du lieu de sa naissance ; on en est revenu ainsi au système du Droit romain.

Une question vivement débattue et sur laquelle M. Proudhon ne s'explique pas, est celle de savoir si on doit considérer comme étranger l'enfant naturel né d'une mère française et reconnu par un étranger. Les motifs qui nous ont fait adopter l'opinion de M. Proudhon, relativement à l'état de l'enfant né d'une mère étrangère et reconnu par un français, nous déterminent à décider également ici que l'enfant suivra la condition de son père.

En vain argumente-t-on des principes contraires du Droit Romain.

La reconnaissance des enfants naturels, telle que les nations modernes la conçoivent, était inconnue chez les Romains.

D'après les usages modernes, l'enfant naturel porte le nom de son père; il serait bizarre qu'il fût d'une autre nation que ce dernier dont il perpétue réellement la famille, puisque le nom est le signe le plus frappant de cette perpétuité. En outre, comme nous l'avons déjà remarqué plus haut, le Code civil, au cas de mariage de l'enfant, donne à la volonté du père la prépondérance sur celle de la mère (art. 148 et 158). Sans doute il pourra être pénible pour un individu né d'une mère française et reconnu pour français pendant un certain nombre d'années, de perdre tout à coup cette qualité, parce qu'il se trouvera reconnu par un étranger. Peut-être même, dira-t-on, cette reconnaissance nuisible à l'enfant ne sera-t-elle qu'un acte mensonger? Mais nous répondrons que le même inconvénient aurait lieu en supposant qu'un enfant né de *père et mère inconnus*, vînt plus tard à être reconnu par un étranger ou une étrangère; qu'enfin la reconnaissance peut toujours être contestée comme mensongère, soit par l'enfant reconnu, soit par toute autre personne qui y aura intérêt. (C. civ., art. 339.)

SECTION II.

Quels sont les Droits attachés à la qualité de Français?

Les droits civils dont il s'agit ici, sont bien différents des droits politiques, ainsi que nous l'avons déjà observé. Ils consistent :

Dans tous les avantages qui résultent de la parenté, de l'alliance, de la légitimation et de la successibilité entre les Français;

Dans les droits réciproques qui peuvent résulter de l'adoption et de la reconnaissance d'enfants nés hors le mariage;

Dans la faculté de recourir aux Tribunaux français, pour obtenir justice, sans prestation de la caution *judicatum solvi ;*

Dans celle de disposer par testament des biens situés en France, et d'être témoin dans les actes à cause de mort. (Art. 980 C. c.)

En un mot, si le français devient époux et père, il se trouve revêtu de l'autorité maritale et de la puissance paternelle établies par nos lois, et il jouit des prérogatives qui en dérivent.

S'il se marie, même en pays étranger, la loi française qui est le statut de son domicile, stipule pour lui les conditions de sa société conjugale, quand il n'y pourvoit pas lui-même ; et s'il a le malheur de s'être imposé un joug insupportable, elle lui accorde le remède du divorce (*a*).

(*a*) Le divorce a été aboli par la loi du 8 mai 1816. La section qui précède est consacrée à l'exposition des droits attachés à la qualité de français. Dans la section I[re] du chap. XI (des aubains ou étrangers), la même question se représentera sous une autre face. En effet, en déterminant les droits que la loi refuse à l'étranger, on détermine nécessairement les droits qu'elle réserve aux Français. L'auteur se borne ici à une simple énumération, tandis que dans le chapitre XI il développera une théorie complète. Nous n'anticiperons donc pas, et nous renvoyons également à ce nouveau chapitre les observations de détail que nous avons à faire sur cette matière. Nous ferons seulement remarquer ici, que la loi du 14 juillet 1819 a singulièrement restreint le nombre des priviléges attachés à la qualité de français.

SECTION III.

Comment le Français est déchu de ses Droits civils.

La privation des droits civils est encourue :

1° Par la naturalisation acquise en pays étranger, parce que le même individu ne peut appartenir à deux Gouvernements différents (*a*) ;

2° Par l'acceptation, non autorisée du Roi, de fonctions conférées par un Gouvernement étranger, parce qu'un semblable délégué étant obligé d'être fidèle au Gouvernement qui l'aurait nommé, ne peut rester

---

(*a*) Ce point a été l'objet d'une discussion dans le Conseil d'Etat (V. M. Malleville, *Analyse raisonnée de la discussion du Code civil au Conseil d'Etat*, page 34). On fit observer que souvent des motifs d'intérêt et de commerce obligent les Français à se faire naturaliser en pays étranger ; qu'il en résultait un avantage pour l'Etat, parce que ces Français, après avoir fait fortune, revenaient dans leur patrie, et qu'il serait injuste de les priver des droits civils en France. Mais on répondit que conserver les droits civils au Français naturalisé à l'étranger, sous prétexte que son dessein n'est peut-être que de s'enrichir pour jouir plus tard de ses richesses en France, serait faire prévaloir une simple probabilité sur la certitude qui résulte de sa naturalisation ; que les lois ne devaient pas se prêter à de semblables fraudes, hors le cas de guerre où tout ce que le droit des gens ne prohibe pas est licite.

Plus tard le décret du 26 août 1811 est venu modifier le système du Code sur l'effet de la naturalisation à l'étranger. Du reste nous pensons que les règles nouvelles établies en cette matière par le décret, ne sont plus en vigueur. Le développement de cette opinion sera donné plus loin, à la fin du chapitre XI.

sous la dépendance entière du Gouvernement français (*a*) ;

3° Par un établissement fait à l'étranger, sans esprit de retour, parce qu'il équivaut à la naturalisation; mais on ne regarde pas comme tels les établissements faits pour cause de commerce (art. 17 C. c.) (*b*).

4° Par l'acceptation de service militaire à l'étranger, ou l'affiliation à une corporation militaire étrangère, sans autorisation du Roi, le français perd sa qualité (art. 21 C. c.), parce qu'il s'expose au moins à porter les armes contre sa patrie (*c*) ;

5° Par le mariage valablement contracté avec un étranger, la femme française, suivant la condition de son mari, devient étrangère (art. 19 C. c.).

Nous disons par le *mariage valablement contracté;* parce que, s'il était nul, la femme étant, dans le droit, considérée comme non mariée, il n'y aurait véritablement à son égard, ni aliénation de ses facultés, ni aliénation de ses droits civils (*d*).

(*a*) V. également, quant à l'acceptation de fonctions conférées par un Gouvernement étranger, le décret du 26 août 1811, et nos observations placées à la fin du chapitre XI.

(*b*) L'établissement fait en pays étranger sans esprit de retour n'équivaut pas complétement à une naturalisation, car si par là on cesse d'être français, on peut ne pas acquérir la qualité de membre de la nation au milieu de laquelle on s'est établi.

(*c*) V. le décret du 26 août 1811, et nos observations sur ce décret.

(*d*) La femme française dont le mari perd la qualité de français,

6° Enfin, les droits civils sont entièrement éteints par la mort civile (art. 22 C. c.) (*a*).

Lorsque la femme française a perdu cette qualité, par son mariage avec un étranger, et que résidant en France elle y devient veuve, elle recouvre de plein droit l'exercice de son état civil.

Mais la femme originairement française, mariée à l'étranger et y demeurant (art. 19 C. c.), ainsi que tout autre individu qui a perdu la qualité de français, pour toute autre cause que la mort civile, ne peuvent recouvrer leurs droits civils, qu'en rentrant en France avec l'autorisation du Roi, et en déclarant qu'ils veulent s'y fixer (art. 18 C. c.); et même lorsqu'il s'agit de celui qui a pris du service militaire à l'étranger, ou qui se serait affilié à une corporation militaire étrangère, il ne peut redevenir français qu'en remplis-

---

doit rester française; on ne la rendra pas étrangère contre sa volonté et sans qu'il y ait de faute à lui imputer. Cela serait vrai, lors même qu'elle aurait suivi son mari naturalisé, ou devenu fonctionnaire, ou établi sans esprit de retour à l'étranger. Elle n'a fait que son devoir en suivant son mari même hors de France. (V. art. 214). Ce dernier point a été formellement reconnu au Conseil d'Etat.

(*a*) L'article 22 prouve que l'expression *droits civils* est synonyme de l'expression *droits privés*. Car cet article 22 n'enlève au condamné frappé de mort civile qu'un certain nombre de droits privés dont l'énumération est faite dans l'art. 25. Ce condamné conserve donc les autres droits privés; et cela n'est contesté par personne, malgré l'expression haineuse et violente de *mort civile*.

sant les conditions imposées à l'étranger pour devenir citoyen (art. 21 C. c.), c'est-à-dire, qu'après dix années d'habitation (art. 3 de la Constit. de l'an VIII). (*a*)

Dans tous les cas, cette réhabilitation n'opère jamais d'effets rétroactifs, et ne peut conséquemment avoir lieu que sans préjudice des droits ouverts au profit des tiers, dans l'intervalle de la déchéance des effets civils encourue par l'individu réhabilité (art. 20 C. c.).

OBSERVATIONS.

Pour compléter la théorie relative à la perte de la qualité de français, nous dirons quelques mots des effets résultant de la perte

---

(*a*) I. L'auteur suppose que la mort civile fait perdre la qualité de français. Nous ne pouvons partager cette opinion. D'abord elle ne repose sur aucun texte de loi. Il y a mieux, le chapitre 2 du titre I[er], *de la privation des droits civils*, est divisé en deux sections, dont la première traite de la privation des droits civils *par la perte de la qualité de français*, et la seconde de la privation des droits civils par suite de condamnations judiciaires; ce qui suppose bien que la mort civile ne fait pas perdre la qualité de français.

II. La disposition de l'art. 21 d'après lequel le français qui a pris du service militaire à l'étranger ne peut redevenir français qu'en remplissant les conditions prescrites à l'étranger pour devenir citoyen, paraît abrogée par le décret du 26 août 1811. En effet, ce décret de 1811 déclare (art. 12), que le français peut être relevé des déchéances par lui encourues moyennant des lettres de relief accordées par le chef du Gouvernement. Sous ce rapport unique, ce décret se trouve avoir modifié le Code civil dans le sens de l'indulgence.

d'une portion du territoire français. A l'époque où écrivait l'auteur, la France parvenue au plus haut degré de puissance, reculait tous les jours les limites de son territoire. L'auteur ne pouvait donc guère songer à développer les règles de cette matière. Mais depuis s'est réalisé cet événement de la perte d'une portion de notre territoire, et nous devons examiner quelles ont dû être les conséquences de cette perte, relativement à la nationalité des habitants du territoire perdu. En principe, lorsqu'un pays est réuni à un autre, soit par la conquête, soit par une accession volontaire, les habitants de ce pays changent de nationalité. (V. Pothier, *Traité des personnes*, titre 2, sect. 2.) Ainsi les habitants des pays réunis à la France sont devenus français par cette réunion ; et lorsque ces mêmes pays ont été démembrés de la France, ils sont redevenus étrangers. Mais les habitants du pays conquis ou restitué par le conquérant ne changent ainsi de nationalité, que comme attachés à un sol qui rentre sous une domination étrangère, et comme reconnaissant un autre souverain. Il suit de là que si au moment où une province est démembrée de la France, les habitants originaires de cette province sont établis sur le territoire demeuré français, ils restent français eux-mêmes. En effet comment concevoir que ces individus devenus français, unis peut-être aux anciennes familles françaises, et même occupant des fonctions publiques sur divers points du territoire conservé, puissent devenir subitement étrangers par la cession que la France aura faite du coin de terre sur lequel ils étaient nés, et qu'ils avaient quitté sans esprit de retour?

Quant aux habitants qui avaient continué à résider sur le territoire enlevé à la France, la raison nous dit qu'étant devenus Français, ils doivent pouvoir conserver cette qualité si bon leur semble ; que les malheurs de la guerre ne doivent pas peser sur eux plus que sur tous les autres Français, en les privant d'une qualité qui peut leur être précieuse. Il convient donc de leur fixer un certain délai pour opter entre les deux souverainetés, et pour transporter leur domicile, s'ils le jugent convenable, sur le territoire conservé par la France.

« Ils peuvent cependant, dit Pothier à l'endroit précité, conserver la qualité et les droits de citoyen, en venant s'établir dans une autre province de la domination française. Car comme ils ne perdraient la qualité de citoyens qui leur est acquise, en continuant de demeurer dans la province démembrée ou rendue par les traités de paix, que parce qu'ils seraient passés sous une domination étrangère et qu'ils reconnaîtraient un autre souverain, il s'ensuit que s'ils restent toujours sous la même domination, s'ils reconnaissent le même souverain, ils continuent d'être citoyens, et demeurent dans la possession de tous les droits attachés à cette qualité. »

Ces principes nous paraissent avoir été mal à propos méconnus par la loi du 14 octobre 1814, relative à la naturalisation des habitants des départements qui avaient été réunis à la France depuis 1791. Cette loi ne considère pas comme Français les habitants des pays restitués par la France en 1814, et ne fait même aucune distinction sur ce point entre ceux qui étaient établis sur le territoire actuel de la France, et ceux qui étaient établis sur le territoire abandonné. Elle accorde seulement aux premiers, comme un bienfait signalé, le droit de pouvoir faire entrer dans le compte des dix années de stage exigées par la Constitution de l'an VIII, les années qui se sont écoulées depuis la réunion de leur pays à la France; et on décide qu'ils sont censés avoir fait la déclaration exigée par la Constitution, déclaration qu'ils n'avaient jamais eu à faire, puisqu'ils étaient devenus français de plein droit. Seulement on veut que dans le délai de trois mois ils déclarent qu'ils persistent dans la volonté de se fixer en France. Ce système qu'on a présenté comme favorable et que nous trouvons nous fort rigoureux, est un peu tempéré par la disposition de l'art. 2 de la loi, qui réserve au Roi le droit d'accorder, même avant les dix ans révolus, des lettres de *déclaration de naturalité.* Aux termes de l'art. 3, le Roi peut également accorder ces lettres à ceux qui étaient restés domiciliés dans les départements séparés de la France; en d'autres termes, par cette dernière disposition on applique à ceux auxquels les traités ont enlevé la qualité de Français, la disposition

du Code civil (art. 20), relative à ceux qui par leur volonté ont perdu cette qualité. C'est ainsi que des hommes qui avaient rendu des services à la France, et dont quelques-uns occupaient même des emplois inamovibles, ont perdu la patrie à laquelle ils étaient attachés par les liens les plus étroits.

La Cour de cassation, dans un arrêt du 16 juillet 1834, prétend au contraire que la loi du 14 juillet 1814 a tempéré la rigueur des principes. Le grand principe qu'elle signale comme règle de la matière, n'est autre chose que le brocard de Droit romain « *Etiam ea quæ recte constiterunt resolvi putant, cum in eum casum inciderunt à quo non potuissent consistere,* » lequel n'a certes aucun rapport à une question de nationalité. Elle dit qu'il faut rejeter l'application d'un autre texte de Droit romain, qui dit tout le contraire du précédent, et qui est ainsi conçu : « *Quæ semel utiliter constituta sunt durant etiamsi in eum casum inciderunt à quo incipere non poterant.* » Et ce qui lui fait préférer l'application du premier brocard à celle du second, c'est que « tout ce qui, comme l'état des personnes et la nationalité, a un trait successif, et continue à s'exercer dans le temps à venir, demeure toujours sous l'empire des événements et des lois futures. » Voilà une singulière théorie. Ainsi on trouvera raisonnable d'anéantir un mariage contracté, une filiation acquise, une adoption formée, parce qu'il s'agit dans ces différents cas de l'état des personnes, *lequel a un trait successif et continue à s'exercer dans le temps à venir!* Il serait bien bizarre qu'un droit fût d'autant moins respectable qu'il est destiné à s'exercer plus long-temps. Il y a là une confusion d'idées qui tient évidemment au manque d'une bonne théorie sur l'effet rétroactif des lois. (V. ce qui a été dit plus haut sur cette matière importante.)

CHAPITRE X.

De la mort civile.

Qu'est-ce que la mort civile ?
Quand est-elle encourue ?
Quels sont ses effets ?

SECTION Ire.

Qu'est-ce que la mort civile ?

La mort civile est une fiction par laquelle l'homme condamné à une peine à laquelle elle est attachée, est réputé mort, par le retranchement perpétuel qu'il souffre de tous les droits qu'il tenait de l'organisation sociale (*a*).

Nous disons, *condamné à une peine à laquelle elle est attachée*, parce que la mort civile n'est point par elle-même une peine à laquelle on condamne directement le coupable, mais seulement une conséquence de la condamnation aux peines que les lois déclarent emporter la mort civile. (Art. 22, 23 et 24 C. c.) (*b*).

(*a*) L'auteur va expliquer lui-même sa définition. V. les notes placées sous chaque partie de cette définition.

(*b*) V. à la fin de la section nos observations sur l'idée souvent reproduite par l'auteur, que la mort civile n'est pas une peine.

Nous disons, en second lieu, *retranchement perpétuel*, parce que la fiction de la mort civile est l'image de la mort naturelle, et qu'on ne meurt pas pour un temps.

De là il résulte que la mort civile ne doit être attachée qu'à une peine prononcée pour être perpétuelle dans sa durée (*a*).

Il en résulte encore que, si celui qui a été condamné à une peine emportant mort civile, s'échappe et parvient à prescrire contre la peine, en évitant la main de la justice pendant vingt ans, cette prescription ne peut porter sur la mort civile (art. 32 C. c.), ni réintégrer le condamné dans les droits de cité pour l'avenir, puisqu'elle est essentiellement perpétuelle dans sa durée.

Dans ce cas-là même, le condamné ne serait point admissible à se faire juger de nouveau, pour obtenir sa réhabilitation, parce que ne pouvant plus être condamné, il ne peut plus être absous ; d'où il résulte que son sort est irrévocablement fixé (*b*).

(*a*) Il semblerait en effet que ce *retranchement perpétuel* est la conséquence logique de *la fiction de la mort civile*. Mais cette conséquence logique n'a pas été tirée par le Code ; en effet, au cas de condamnation par contumace, la loi admet que le mort civilement peut ressusciter à la vie civile s'il se représente, ou s'il est arrêté depuis la mort civile encourue et avant la prescription de la peine (V. art. 30).

(*b*) I. Si la prescription de la peine n'emporte pas la cessation de la mort civile, c'est, comme dit l'auteur, parce que le condamné

Nous disons, en troisième lieu, *retranchement des droits que l'homme tenait de l'organisation sociale*, parce que le mort civilement, conservant encore la vie naturelle, conserve aussi les droits qu'il tient simplement de la nature (*a*).

---

ne pouvant plus être condamné, ne peut plus être absous; en d'autres termes, parce que la présomption légale de la culpabilité n'est pas détruite. Mais il faut retrancher l'autre motif donné à la fin de l'alinéa précédent, et qui consiste à dire que la mort civile *est essentiellement perpétuelle dans sa durée*. Cette dernière proposition n'est pas exacte (V. la note précédente).

II. Nous ferons remarquer que l'auteur prend ici le mot *réhabilitation* dans un sens qui n'est pas celui qu'on lui donne dans la langue du Droit criminel. La réhabilitation des condamnés n'est pas la conséquence de l'annullation du jugement de condamnation, mais bien la récompense accordée à la bonne conduite qu'ils ont tenue pendant un certain nombre d'années écoulées depuis qu'ils ont subi leur peine, ou, s'ils ont été graciés par le Roi, depuis l'enregistrement des lettres de grâce (C. Inst. crim., art. 619 à 633).

(*a*) L'auteur refuse au mort civilement *les droits que l'homme tient de l'organisation sociale*, et lui conserve *les droits qu'il tient simplement de la nature*. Pour être conséquent, il faudrait permettre le mariage à l'homme frappé de mort civile. En effet, suivant l'auteur (V. p. 5), le mariage est un contrat du droit des gens, et les obligations qui en résultent sont fondées sur la loi naturelle; et cependant le Code (art. 25), refuse expressément à celui qui est mort civilement le droit de se marier, et même annule le mariage qu'il avait précédemment contracté. On voit ici le danger de ces classifications dans lesquelles on oppose au droit positif un droit primitif et antérieur à toute organisation sociale. Les rédacteurs du Code civil semblent plutôt avoir considéré la mort civile, comme

Il suit de là, que l'homme ne tenant les droits dont se compose son existence civile, que du pacte social dans lequel il a stipulé, il ne peut en être déchu, ni frappé de la mort civile que par le Gouvernement dont les lois régissent l'état de sa personne, et qu'en conséquence un français condamné en pays étranger, ou un étranger condamné en France, ne serait pas frappé de la mort civile, parce qu'une autorité étrangère à son pacte social, ne peut le priver des droits qu'il ne tient pas d'elle, ni se constituer juge souverain entre lui et la société à laquelle il appartient (*a*).

---

l'état d'un individu dépouillé de tous les droits privés qui ne sont pas nécessaires au maintien de la vie naturelle. Cet individu se trouve ainsi beaucoup plus maltraité qu'un étranger; car ce dernier, comme nous le verrons bientôt, jouit en réalité de presque tous les droits privés établis par la loi.

(*a*) I. Ce que l'auteur dit de l'étranger condamné en France me paraît inadmissible. Cette solution paraît se rattacher à cette idée, qu'on ne doit pas envisager la mort civile comme une peine. Mais si au contraire on reconnaît dans la mort civile une véritable peine accessoire, on l'appliquera aux étrangers comme toute autre peine, conformément à l'art. 3 du Code civil, qui déclare que *les lois de police et de sûreté obligent tous ceux qui habitent le territoire*. Privé ainsi des droits énoncés dans l'art. 25, l'étranger coupable sera placé dans une position bien plus désavantageuse que celle des autres étrangers. Au reste l'art. 35 du Code pénal (article ajouté à l'ancien Code par la loi du 28 avril 1832), suppose qu'un étranger peut être condamné à la dégradation civique, laquelle emporte aussi la privation de certains droits civils (V. même Code, art. 34);

OBSERVATIONS.

I. On a souvent dit que la mort civile n'était pas une peine. C'est cependant une peine très-réelle que d'être privé d'un grand nombre de droits importants. En vain objecterait-on que la prescription acquise par le condamné ne fait pas cesser la mort civile pour l'avenir (art. 32); nous répondrons qu'en faisant remise d'une portion de la peine, la société peut en laisser subsister une autre portion. C'est ainsi que d'après l'art. 635 du Code d'instruction criminelle, article conservé lors de la révision faite en 1832, le condamné qui a prescrit la peine physique et matérielle ne peut néanmoins résider dans certains départements, et que le Gouvernement peut assigner au condamné le lieu de son domicile. En vain encore dirait-on que les Cours d'assises ne condamnent jamais à la mort civile. De là en effet il résulte seulement que la mort civile est toujours une peine accessoire, résultat de l'application d'une autre peine; de même que l'exposition publique est une conséquence légale de certaines condamnations (Code pénal, art. 22). Ce qui servirait encore à prouver que la mort civile est une peine, c'est que la dégradation civique en est une (Code pénal, art. 8); et cependant (Code pénal, art. 34) elle enlève moins de droits que la mort civile.

Il faut donc se borner à dire que sous l'empire des lois actuelles, la mort civile est une peine d'une nature particulière, qui n'est point mentionnée dans les arrêts, et qui résulte de l'exécution soit réelle soit par effigie de la condamnation (V. la section suivante).

---

or il y a évidemment même raison de décider en ce qui concerne la mort civile.

II. Quant aux condamnations infligées par les Tribunaux étrangers, nous admettons, sans distinguer si les condamnés sont français ou étrangers, qu'elles ne peuvent emporter la mort civile en France; les peines n'étant jamais appliquées que chez la nation où elles ont été prononcées.

II. Ajoutons ici quelques observations sur l'expression même de *mort civile*. Il eût peut-être été bon de se borner à énumérer les droits dont on entendait dépouiller certains condamnés, sans employer cette métaphore dure et haineuse de *mort civile*, qui peut entraîner dans de graves erreurs, en faisant croire que les hommes placés dans cet état ne sont absolument rien aux yeux de la loi. Le législateur lui-même paraît s'être laissé dominer par la puissance des mots qu'il avait employés, oubliant qu'il pouvait à son gré, et d'une manière souveraine, en déterminer la signification. Ainsi lorsqu'il fut question de savoir si le mariage du mort civilement serait dissous, le Premier Consul réclama énergiquement pour le maintien de l'union que la femme du coupable, par un effort même de sa vertu, ne voudrait pas rompre. Ces raisons, dit M. de Malleville, firent d'abord impression sur le Conseil; on parut convenir assez généralement que la condamnation à des peines emportant mort civile devait seulement être une cause de divorce..... Mais enfin on se détermina à passer définitivement l'article, par la considération qu'un homme *censé mort aux yeux de la loi* ne pouvait plus donner de postérité légitime. (Malleville, *Analyse raisonnée de la discussion du Code civil*, p. 47.)

SECTION II.

Quand la mort civile est-elle encourue?

La peine de mort (art. 24 C. c.), celle des travaux forcés à perpétuité, et celle de la déportation, emportent la mort civile (art. 18 du Code pénal.) (*a*).

(*a*) Il y a ceci de spécial relativement à la déportation, que le Gouvernement peut accorder au condamné à la déportation, l'exercice des droits civils ou de quelques-uns de ces droits (C. pénal, art. 18). D'après le Code pénal de 1810, le Gouvernement ne pouvait

Si la condamnation est contradictoire, la mort civile est encourue à compter inclusivement du jour

---

accorder au condamné cette faveur que *dans le lieu de la déportation*. Pour bien comprendre ce changement de législation, il faut connaître les innovations introduites dans nos lois quant à la peine de la déportation. Le Code pénal de 1810 portait dans son art. 17 : « *La peine de la déportation consistera à être transporté et à demeurer à perpétuité dans un lieu déterminé par le Gouvernement hors du territoire continental de la France.* » Mais, en fait, aucun lieu situé hors du continent ne fut déterminé par le Gouvernement ; seulement une ordonnance du 2 avril 1817 déclara que la maison du Mont St.-Michel serait affectée aux condamnés à la déportation; mais cette ordonnance reconnaissait que l'incarcération des condamnés n'était qu'une mesure provisoire, puisqu'elle ajoutait : « *jusqu'à leur départ pour le lieu de leur destination définitive qui sera ultérieurement déterminé.* » La loi du 28 avril 1832 vint régulariser cet état de choses. Le nouvel art. 17 du Code pénal porte que, tant qu'il n'aura pas été établi un lieu de déportation, le condamné *subira à perpétuité la peine de la détention*. Or, d'après l'art. 20 du Code pénal, la peine de la détention consiste à être renfermé dans l'une des forteresses situées sur le territoire continental du Royaume qui auront été déterminées par une ordonnance du Roi, rendue dans les formes des réglements d'administration publique. Enfin la loi du 9 septembre 1835, art. 2, porte que tant qu'il n'aura pas été établi un lieu de déportation, le condamné subira à perpétuité la peine de la détention, soit dans une prison du Royaume, soit dans une prison située hors du territoire continental, dans l'une des possessions françaises qui sera déterminée par la loi, selon que les juges l'auront expressément décidé par l'arrêt de condamnation. Mais aucune loi n'a encore été rendue sur ce dernier point.

On doit comprendre maintenant quelles notables conséquences entraîne avec elle la nouvelle rédaction de l'art. 18 du Code pénal.

de son exécution, soit réelle, soit par effigie (art. 26 C. c.); en sorte que quand celui qui a été ainsi condamné à mort, subit sa peine, ce n'est plus qu'un mort civilement qui monte à l'échafaud (*a*).

Lorsque la peine légale de la déportation consistait à être transporté dans un lieu situé hors du territoire continental de la France, colonie, on avait senti l'utilité qu'il pourrait y avoir à concéder aux déportés quelques-uns des droits dont la privation aurait compromis l'existence d'une colonie, comme par exemple le droit de contracter mariage. Mais comme aujourd'hui, d'après la loi même, la peine peut être exécutée en France, et que le mode d'exécution ne doit pas aggraver légalement la position du condamné, on a donné d'une manière générale au Gouvernement le droit d'accorder au condamné l'exercice des droits civils.

(*a*) I. Nous ne pouvons admettre cette opinion qui fait encourir la mort civile rétroactivement, à partir du commencement du jour de l'exécution. Le jour de l'exécution est mis dans l'article 26 par opposition au jour de la condamnation; ou, en d'autres termes, ce qu'on a voulu dire, c'est que la mort civile n'a pas lieu avant l'exécution. Les rédacteurs du Code n'ont fait que consacrer le principe admis sans difficulté dans l'ancienne jurisprudence en matière de condamnation par contumace, par application de l'ordonnance de 1670, voir Tit. 17, art. 29, et controversé en matière de condamnations contradictoires, à savoir que la mort civile n'était encourue qu'autant que le jugement était exécuté. Ce principe, disons-nous, était controversé en matière de jugements contradictoires, et suivant certains jurisconsultes, la prononciation seule du jugement emportait la mort civile. Mais jamais personne n'avait imaginé de dire que la mort civile commencerait avec le jour, dans le courant duquel l'exécution aurait lieu. Le système qui a triomphé dans le Code s'appuyait sur les motifs suivants, que nous trouvons dans un frag-

Lorsque la condamnation a été prononcée par contumace, la mort civile n'est encourue qu'après

---

ment de conclusions données par l'avocat général Gilbert, et que Denizart nous a conservées, V° *Mort civile.* Voici ce fragment : « La mort civile est l'état d'un homme retranché de la société et qui ne peut plus contracter avec elle. Cela posé, comment veut-on qu'un jugement prononcé dans le secret d'une chambre criminelle, fasse connaître à la société qu'elle ne peut plus contracter avec le condamné. Il faut donc, pour qu'elle en soit instruite, que le jugement ait été rendu public. Or il ne peut l'être que par l'exécution, et par conséquent la mort civile ne peut commencer que du jour de l'exécution du jugement. » V. aussi Richer, *Traité de la mort civile.*

Il faut bien convenir que ces motifs n'ont plus la même force sous l'empire d'une législation qui admet la publicité des débats en matière criminelle. (Cette remarque a été faite par le consul Cambacérès. V. Fenet, tom. VII, p. 22.) Mais il n'en est pas moins vrai qu'on est convenu, en termes exprès, au Conseil d'état, de consacrer l'ancienne opinion, qui dans tous les cas faisait de la mort civile une conséquence de l'exécution publique. Or, comment concevoir que la publicité donnée au jugement produise, sans aucune raison d'utilité, un effet rétroactif, c'est-à-dire antérieur à cette publicité? L'avocat général Gilbert, dans le fragment que nous avons cité, emploie aussi cette expression *du jour de l'exécution,* et pourtant, dans les motifs qu'il allègue, dans son argumentation tout entière, ces mots sont pris comme synonymes de ceux-ci, *du jour de l'exécution.*

On peut dans le même sens tirer argument d'une loi du 20 prairial an 4, qui porte que si des ascendants, des descendants et d'autres personnes qui se succèdent de droit, ont été mis à mort dans la même exécution, et qu'il devienne impossible de constater leur prédécès, le plus jeune des condamnés sera présumé avoir survécu. Or, dans le système que nous repoussons, la connaissance

cinq années révolues, à dater du jour de l'exécution du jugement par effigie (art. 27 C. c.) (*a*).

Pendant ce délai de grâce que la loi accorde au con-

---

du prédécès serait complètement inutile. (V. au reste Rép. de Jur., V° *Mort civile*, § 1, art. V, n° 4.)

II. Après avoir établi que la mort civile n'est encourue qu'à partir de l'exécution du jugement, nous avons à rechercher quand le jugement devra être considéré comme exécuté. Occupons-nous successivement des trois peines qui emportent la mort civile. L'exécution de la peine de mort a lieu lorsque le coupable est frappé par l'exécuteur des jugements criminels. Il y a exécution de l'arrêt qui condamne aux travaux forcés à perpétuité, si le condamné est exposé sur la place publique; car cette exécution est une partie de la peine. A l'égard des personnes qui ne doivent pas subir l'exposition publique (les mineurs de 18 ans et les septuagénaires), l'exécution ne commence qu'au moment où ils sont soumis aux travaux dont parlent les art. 15 et 16 du Code pénal. Il faut avouer que dans ce cas l'application de la peine sera tout à fait ignorée du public. Quant à l'exécution de l'arrêt qui condamne à la déportation, il y a deux époques à considérer. Nous savons déjà que sous l'empire du Code pénal de 1810, la peine de la déportation n'était pas appliquée, d'où l'on doit tirer la conséquence que sous l'empire de cette législation la mort civile n'était jamais encourue. (V. Rép. de jur., V° *Mort civile*, § 1, art. v, n° 4.) Aujourd'hui au contraire, la mort civile frappe le condamné dès qu'il est renfermé dans la prison du royaume, où il doit subir à perpétuité la peine de détention (Code pénal, art. 17).

(*a*) Voir, pour le mode d'exécution par effigie des jugements de condamnation, l'art. 472 Inst. crim. Cette exécution consiste dans l'affiche d'un extrait du jugement de condamnation, effectué par l'exécuteur des jugements criminels, sur un poteau planté dans une place publique.

damné pour se représenter, il n'est pas mort civilement; mais suspendu de l'exercice de ses droits civils, il se trouve sous le poids d'une interdiction légale, et ses biens, mis sous le séquestre, sont administrés comme ceux d'un absent (art. 28 C. c.), sauf à en rendre compte à lui-même s'il se représente à délai utile; ou à qui il appartiendra, lorsque la condamnation sera devenue irrévocable, par l'expiration du temps accordé pour purger la contumace (art. 471 Cod. d'instruct. crim.) (*a*).

(*a*) I. Il ne faut cependant pas entendre dans un sens absolu et sans distinction cette proposition, que le condamné par contumace n'a qu'un délai de cinq années, pour se représenter et purger sa contumace (V. art. 30 et la page suivante de l'auteur). Les derniers mots de l'art. 27 : *et pendant lesquelles le condamné peut se représenter,* signifient seulement que le contumax doit se représenter dans les cinq années qui suivent l'exécution par effigie, s'il veut anéantir toutes les conséquences de l'arrêt de condamnation par contumace.

II. L'auteur dit que le compte de séquestre devra être rendu à qui il appartiendra, lorsque la condamnation sera devenue irrévocable par l'expiration du délai accordé pour purger la contumace, et il cite l'art. 471 du Code d'instruction criminelle. Mais cet article 471 ne peut recevoir d'application qu'en matière de condamnations à des peines afflictives ou infamantes, qui n'emportent pas la mort civile. En effet, si la condamnation exécutée par effigie est de nature à emporter la mort civile, la succession du condamné s'est ouverte d'une manière irrévocable à l'expiration des cinq années qui ont suivi l'exécution par effigie (Comp., art. 25 et 30);

S'il meurt dans ce délai de grâce, il décède *integri statûs;* le jugement de condamnation est anéanti de plein droit, sauf de la part de la partie civile à revenir, par action nouvelle, contre les héritiers du contumax auxquels ses biens sont alors restitués, pour obtenir d'eux tous dommages-intérêts compétents. (Art. 31 C. c.) (*a*).

Il en est autrement à l'égard de celui qui a été condamné contradictoirement, et qui meurt avant aucune exécution de son jugement : il décède, à la vérité, *integri statûs*, comme le contumax ; mais il décède irrévocablement jugé ; en conséquence son jugement tient dans tout ce qui est susceptible d'exécution, et les condamnations à dommages et intérêts civils restent acquises à ceux qui les ont obtenues (1).

Lorsque le condamné par contumace se représente, ou est arrêté pendant les cinq années de grâce, sa

---

et dès-lors il est évident qu'à cette époque le compte du séquestre doit être rendu aux héritiers du condamné.

III. L'auteur dit que les biens mis sous le séquestre sont administrés comme ceux des absents. Mais il faut remarquer que, sous ce point de vue, notre article 28 a été notablement modifié par le Code d'instruction criminelle. Voyez à la fin de la section nos observations sur l'historique de l'article 28.

(*a*) V. à la fin de la section nos observations sur l'art. 31 du Code.

(1) Voyez l'avis du Conseil d'Etat du 26 fructidor an 13, bull. 58, n° des lois 1052, tom. 3, pag. 608, 4eme sér.

condamnation est anéantie de plein droit, et son sort ne peut plus dépendre que d'un second jugement. (Art. 29 C. c.)

Mais s'il ne reparaît ou n'est arrêté qu'après les cinq ans, et que par nouveau jugement il soit absous, ou condamné à une peine qui n'emporte pas la mort civile, il rentre dans la plénitude de ses droits pour l'avenir, et à compter du jour où il a reparu en justice; mais le premier jugement conserve, pour le passé, les effets que la mort civile avait produits dans l'intervalle écoulé depuis l'époque de l'expiration des cinq ans, jusqu'au jour de sa comparution en justice (art. 30 C. c.); de sorte qu'il ne rentre ni dans la possession des biens qu'il avait et qui ont été dévolus à ses héritiers, ni dans les droits qui auraient été ouverts durant la mort civile, et qu'il eût recueillis s'il avait été jouissant des droits de cité (*a*).

(*a*) L'accusé *absous* dans le sens de l'art. 30 est celui auquel aucune peine n'est infligée par le nouveau jugement. Dans le langage du Droit criminel on prend les mots *absous*, *absolution* dans un sens plus restreint, et l'on distingue les ordonnances d'acquittement des arrêts d'absolution. (V. C. instr. crim., art. 358 et 364.) Au reste le système du Code civil nous paraît avoir été modifié par l'article 476 du Code d'instr. crim. En effet, d'après les termes de l'art. 30 du Code civil, le contumax ne recouvrait sa vie civile du jour de sa comparution, qu'autant qu'il n'était pas condamné de nouveau à une peine emportant la mort civile. Au contraire l'article 476 Instr. crim., déclare, sans faire aucune distinction, le jugement anéanti de plein droit dès que le contumax est arrêté ou

OBSERVATIONS.

Nous nous proposons de compléter ici ce que nous avons à dire sur la matière des condamnations par contumace ; et, à cet effet, il faut se rappeler qu'on divise le temps de la contumace en trois périodes. La première période comprend les cinq années qui suivent l'exécution par effigie du jugement de condamnation. La seconde période commence à partir de l'expiration de ces cinq années, et s'étend jusqu'à l'époque où la peine est prescrite. La troisième et dernière période, dont la durée est indéfinie, a pour point de départ la prescription de la peine.

Relativement à la première période, de graves difficultés se présentent. L'art. 28 du Code, qui est le siège de cette partie de notre matière, ne peut être étudié qu'à l'aide de documents historiques.

Sous l'empire du *Code des délits et des peines*, du 3 brumaire an IV, les biens des contumax étaient séquestrés et l'administration en était confiée à la régie des domaines. L'Etat gagnait les fruits des biens séquestrés (art. 475), et ne les rendait ni à l'accusé qui se représentait, ni à ses héritiers (art. 482) ; c'était là une véritable confiscation des fruits. Au reste les dispositions de ce Code s'appliquaient à toutes les condamnations pour crimes, et le séquestre pouvait toujours avoir la durée de 20 ans à partir du jugement de condamnation ; car aucune peine n'emportait la mort civile. L'article 28 du Code civil introduisit une remarquable innovation en matière de peine emportant la mort civile. D'après cet article, les biens du condamné contumax furent *administrés et ses droits exercés de même que ceux d'un absent*, c'est-à-dire, furent confiés aux héritiers présomptifs du condamné et autres per-

---

se constitue prisonnier. En vain argumenterait-on en sens contraire du deuxième alinéa de cet article 476 ; car cet alinéa ne modifie le premier et ne renvoie à l'art. 30 du Code civ., que pour maintenir les effets produits par la mort civile *jusqu'au jour de la comparution de l'accusé en justice.*

sonnes ayant des droits subordonnés à la condition de son décès. (Comp. C. civ., art. 120 et 123.)

Dès-lors la confiscation totale des fruits se trouva remplacée par l'attribution faite aux envoyés en possession, de la portion de fruits déterminée par l'art. 127 du Code. De cette disposition de l'art. 28, combinée avec les dispositions restées en vigueur du Code de l'an IV, il résultait une grande bizarrerie, c'est que le condamné se trouvait traité moins rigoureusement lorsque la peine prononcée contre lui était de nature à emporter la mort civile, c'est-à-dire, de la nature la plus grave. Le Code d'instruction criminelle fit disparaître cette discordance, en abrogeant la règle de l'envoi en possession provisoire des héritiers présomptifs, en matière de condamnation par contumace à des peines emportant la mort civile. D'après ce dernier Code, la régie des domaines peut s'emparer des biens du contumax à l'expiration des dix jours qui suivent l'ordonnance de se représenter. (C. inst. crim., art. 465 et 466.)

Ce séquestre qui commence avant l'arrêt de condamnation par contumace continue après l'exécution de l'arrêt; mais l'administration des domaines régit les biens du contumax *comme biens d'absent* (C. inst. crim., art. 471), c'est-à-dire, qu'elle n'a d'autres pouvoirs que ceux des envoyés en possession provisoire en cas d'absence proprement dite (C. inst. crim., art. 471). Du reste cette administration ne gagne plus les fruits. Il fut dit formellement, lors de la rédaction de ce Code, que le principe de la confiscation des fruits au profit de l'Etat serait aboli; et il est bien reconnu aujourd'hui que la régie ne gagne pas même la portion de fruits déterminée par l'art. 127.

La loi ne se borne pas à confier à des tiers l'administration des biens du contumax; elle déclare qu'il sera pendant les cinq ans, ou jusqu'à ce qu'il se représente ou qu'il soit arrêté pendant ce délai, *privé de l'exercice des droits civils* (art. 28). M. Proudhon voit dans cette disposition l'établissement d'un état d'interdiction légale. Dans cette opinion le contumax est précisément dans la position de l'individu interdit pour cause d'aliénation mentale, et il est repré-

senté par l'administration des domaines comme l'interdit ordinaire l'est par son tuteur (V. art. 450, 505 et 509).

Dans ce système on enlève au contumax tous les droits qu'il ne peut exercer par le ministère d'un représentant légal, par ex : le droit de se marier et de faire son testament. Mais n'est-ce pas là frapper à l'avance le contumax d'une mort civile au moins partielle? et lui enlever l'exercice des droits dont nous venons de parler, n'est-ce pas lui enlever ces droits eux-mêmes? On pourrait peut-être adopter sur ce point le système suivant. Le condamné contumax sera privé de l'exercice de tous les droits qui peuvent être exercés en son nom par la régie des domaines ; il ne pourra donc aliéner ni administrer ses biens. Mais il pourra exercer tous les droits qui seraient anéantis si on lui en enlevait l'exercice ; et, par exemple, il pourra tester et se marier. Toutefois c'est avec une extrême défiance que nous proposons cette opinion. Le texte de l'art. 28 ne paraît faire aucune distinction, il prive le condamné de l'exercice des droits civils sans distinguer entre ces droits.

II. Une autre question très-délicate est celle de savoir quel est le sort des actes faits par le contumax pendant qu'il est privé de l'exercice des droits civils. Cette question peut être soulevée dans deux hypothèses. La première est celle où le contumax meurt dans le délai des cinq années (art. 31). La deuxième est celle où il comparaît en justice avant l'expiration de ce même délai.

a. Examinons d'abord la première hypothèse qui a donné lieu à une controverse entre les Jurisconsultes, sur le point de savoir si les actes faits par le contumax qui décède avant l'expiration des cinq années sont valables ou nuls. Pour soutenir que les actes restent nuls, on a ainsi raisonné.

Autrefois la mort civile résultait immédiatement de l'exécution par effigie du jugement par contumace ; mais si le condamné mourait dans les cinq ans, il était réputé mort dans l'intégrité de ses droits. Ce système dont l'examen a donné lieu à un vif débat au sein du Conseil d'Etat, a été définitivement repoussé, sur ce motif qu'il laissait dans l'incertitude le sort des droits ouverts avant l'ex-

piration des cinq années. On a donc conservé au contumax pendant cet intervalle *la jouissance des droits civils*, et on s'est borné à lui en enlever *l'exercice*. Mais est-il probable qu'on ait voulu laisser subsister, quant à l'exercice des droits civils, l'incertitude qu'on venait de proscrire relativement à la jouissance et à l'acquisition de ces mêmes droits? Si l'on objecte la fiction de l'art. 31 (*il sera réputé*, etc.) en allégant que cette fiction ne peut avoir trait qu'à *l'exercice des droits*, puisque la *jouissance* est demeurée intacte; on répondra que l'art. 31 est un vestige de l'ancien système que le Code a rejeté. Enfin, dira-t-on, la privation de l'exercice des droits civils est une peine infligée au contumax en raison de sa désobéissance; et il est mort dans cet état de rébellion contre la loi.

Toutefois nous préférons l'opinion contraire, et voici les motifs qui nous déterminent. La privation de l'exercice des droits civils résulte de l'exécution de la condamnation, mais l'art. 31 décide que si le contumax meurt dans le délai de grâce des cinq années, sans avoir comparu en justice, le jugement de contumace *est anéanti de plein droit*; or il est difficile de ne pas effacer toutes les conséquences d'un jugement que la loi déclare *anéanti*. L'art. 30 qui se réfère au cas où le condamné se représente après les cinq ans, et qui veut laisser subsister pour le passé les effets du jugement quant à la mort civile encourue, a bien soin de le dire. L'art. 31 a donc voulu *anéantir* le jugement, non seulement pour l'avenir, mais encore pour le passé. On doit en outre interpréter la loi en ce qui touche la mort civile, comme on interprète toute loi pénale, c'est-à-dire, dans le doute, en faveur du condamné. Enfin si l'on admet l'opinion favorable que nous avons émise sur l'art. 28, il n'y aura rien de bizarre dans le système que nous adoptons ici. Car si l'on admet que l'unique but de la loi a été d'empêcher le condamné contumax de porter atteinte par des engagements au séquestre de ses biens et de priver ses héritiers de tout ou partie de la succession qui s'ouvrira ultérieurement par la mort civile, ces inconvénients disparaissent lorsque le contumax meurt dans le délai des cinq années. En effet, d'une part, ces actes du contumax deviennent

indifférents à la régie des domaines qui cesse d'avoir les biens en séquestre ; et, d'autre part, comme le condamné se trouve définitivement à l'abri de la mort civile, ses héritiers ne peuvent se plaindre d'avoir été fraudés par avance des droits que cet événement, désormais impossible, pouvait éventuellement leur assurer.

b. La question étant résolue en ce sens, nous n'aurons pas de peine à résoudre l'autre hypothèse que nous avons prévue. Quel sera le sort des actes faits par le condamné contumax antérieurement à l'époque où il a comparu en justice ? Nous déciderons cette question de la même manière que la précédente. Car d'après l'art. 29 le jugement dans cette nouvelle hypothèse se trouve également *anéanti de plein droit.*

SECTION III.

Des effets de la mort civile.

Par la mort civile, le condamné perd la propriété de tous les biens qu'il possédait ; sa succession est ouverte au profit de ses héritiers, comme celle de toute personne morte naturellement *et sans testament;* en sorte que toute disposition de dernière volonté qu'il pourrait avoir faite, même antérieurement à sa mort civile, demeure sans effet (*a*).

(*a*) On s'est souvent demandé pourquoi le testament du mort civilement demeurait sans effet. Quelques-uns ont donné pour raison que le testateur devait être capable à la double époque de la confection du testament et de la mort. Mais on peut répondre que le condamné est capable lors de sa mort civile comme toute autre personne l'est au moment de sa mort naturelle ; qu'après la mort naturelle il y a incapacité comme après la mort civile ; qu'en d'autres termes

Il ne peut plus recueillir de succession, parce que les morts ne succèdent pas; ni transmettre à ce titre les biens qu'il acquerrait par la suite, parce qu'on ne meurt pas deux fois, pour laisser deux successions (*a*).

---

il est absurde de rechercher la capacité *actuelle* de celui qui est mort ou considéré comme tel et dont la succession est ouverte. Autrefois les religieux étaient frappés de mort civile; et cependant on ne faisait aucune difficulté d'exécuter leur testament lors de leur profession religieuse.

Voici comment Richer justifiait cette différence de résultat: « La mort civile du condamné, dit-il, est une peine qui rend celui à qui elle est imposée, indigne des avantages du citoyen. La loi, bien loin de donner quelques faveurs aux actes dont l'exécution se rapporte au moment que cette peine est infligée, s'attache à les annuler. Au contraire celui qui fait profession de religion est digne de toutes sortes de faveurs. »

Cette théorie de Richer me paraît propre à justifier sous le Code la disposition qui annule le testament de celui qui a encouru la mort civile. La loi consacre les volontés dernières des mourants, elle donne à cette volonté une puissance qui leur survit; mais elle refuse cette haute faveur au coupable que la mort civile vient de frapper. Nous finirons en remarquant qu'on ne doit pas étendre cette disposition pénale aux donations de biens à venir; le crime du donateur ne doit pas avoir pour effet indirect de révoquer une libéralité que ce donateur ne pouvait révoquer directement.

(*a*) Ces explications tirées de la fiction de la mort civile ne sont pas entièrement satisfaisantes, car si les morts ne succèdent pas, les morts ne font pas non plus de contrats à titre onéreux, dont est cependant très-capable l'individu frappé de mort civile. L'auteur ajoute *qu'on ne meurt pas deux fois pour laisser deux successions*. Et cependant la loi ressuscite le mort civilement (art. 30); sa succession pourra donc s'ouvrir de nouveau par la mort naturelle, et

Il est privé de la capacité active et passive requise dans les donations et testaments, parce que ces actes tiennent leurs formes substantielles du droit civil (*a*).

Il est incapable de contracter aucun mariage, et

---

même par une nouvelle mort civile; car on peut *mourir deux fois civilement* (C. civ., art. 30; C. inst. crim., art. 476). Disons donc seulement que la loi, à tort ou à raison, a d'une part enlevé au condamné tous les droits privés qui n'étaient pas nécessaires au soutien de sa vie naturelle; et, d'autre part, a attribué à l'Etat les biens que le condamné acquiert depuis la mort civile encourue, parce qu'à l'époque de sa mort naturelle, il ne se rattache à personne par des liens de parenté.

(*a*) La constitution d'hypothèque est aussi un acte dont les formes substantielles sont une création du droit civil, et même du droit appartenant à une civilisation très-avancée; et cependant on ne refuse pas au mort civilement la faculté de jouer un rôle dans une constitution d'hypothèque. Nous retrouvons encore ici une des applications du système dangereux, qui distingue entre les droits créés par la nature et les droits créés par le droit civil.

Plusieurs Jurisconsultes permettent au mort civilement de faire ou de recevoir des dons manuels; ils se fondent sur deux motifs : l'un est que ces sortes de dons sont du domaine du droit naturel; l'autre est que ces mêmes dons, par leur nature même, échappent à l'action des lois prohibitives. Relativement au premier motif, nous n'avons rien à ajouter à ce que nous avons dit plusieurs fois sur les inconvénients et l'arbitraire de la classification sur laquelle il repose. Quant au deuxième motif, il entraînerait logiquement la validité de tous les dons manuels faits à des incapables, ou par lesquels on excéderait les limites de la quotité disponible; nous pensons donc que la donation manuelle est comprise dans la prohibition de l'article 25.

celui qu'il aurait précédemment contracté est dissous quant à tous ses effets civils ; en sorte que son époux d'une part, et ses héritiers de l'autre, exercent respectivement tous les droits qui seraient ouverts par sa mort naturelle (*a*).

Il ne peut être tuteur, ni concourir aux opérations de la tutelle.

Il ne peut être témoin ni dans un acte, ni en justice, ni être personnellement en qualité de cause devant les Tribunaux (*b*).

Mais conservant la vie naturelle, il peut recevoir un legs d'aliments (art. 25 C. c.) ; et la rente viagère qui lui était acquise, lui reste due (art. 1982 C. c.), sans être éteinte par la mort civile (*c*).

(*a*) Nous renvoyons au titre *du Mariage* (chap. X) l'examen de la question de savoir si l'art. 227 a modifié l'art. 25 en ce qui touche la dissolution du mariage de celui qui est condamné par contumace, et qui est mort civilement à l'expiration des cinq années qui ont suivi l'exécution par effigie.

(*b*) Lors de la discussion du Code, on demanda une exception pour le cas où l'individu mort civilement serait témoin nécessaire, comme, par exemple, s'il avait seul vu commettre un crime. Il ne fut pas pris de décision sur ce point dont l'examen fut renvoyé à la discussion du Code criminel. Dans la pratique on admet que le condamné peut être entendu en justice à titre de simples renseignements, c'est-à-dire, sans être admis à prêter serment au préalable. On applique ainsi par analogie le 3° de l'art. 34 du Code pénal (ancien art. 28). Voyez aussi les art. 269 et 315 du Code inst. crim.

(*c*) L'art. 1982 se borne à décider que la rente viagère *n'est pas*

Et comme il n'est privé que des droits qui dérivent de l'organisation sociale, il reste capable de toutes espèces de conventions qui n'ont point de formes particulières et qui n'appartiennent qu'au droit des gens primitif, telles que la vente, l'échange, etc. (*a*), (art. 33 C. c.); pour l'exécution desquelles, s'il

---

éteinte par la mort civile du rentier ; il ne tranche pas la question de savoir si elle *lui reste due*, ou si dorénavant elle est due à ses héritiers. Il faut certainement s'arrêter à cette dernière solution, par application de l'art 25, et rejeter l'opinion de notre auteur. Pothier est d'ailleurs précis sur ce point (*Contrat de constitution de rente*, n° 256). Peut-être déciderait-on autrement si la rente était purement alimentaire.

On s'est demandé pourquoi l'art. 1982 laissait subsister la rente viagère après la mort civile du rentier, tandis que dans le même cas, l'art. 617 déclare éteint le droit d'usufruit. La meilleure explication qu'on puisse donner est, que l'expression même de *rente viagère* indique nettement que la personne ou les personnes qui ont constitué ce droit, ont entendu qu'il subsistât pendant toute la *vie* du rentier, c'est-à-dire, pendant toute la durée de son existence physique, car certainement les parties ne songeaient guère à la vie et à la mort *civiles* (Comp. Pothier, loc. cit.); tandis qu'au contraire le mot *usufruit* n'indique par lui-même rien de spécial relativement aux causes d'extinction; ces causes demeurant abandonnées aux principes de droit qui, en matière d'usufruit, ne sont à peu-près que des traditions de l'ancien Droit romain.

(*a*) Richer a dit sur ce point tout ce qu'il y a de mieux à dire, en ces termes : « La loi qui n'a pas voulu leur enlever l'être physique, tolère qu'ils usent des moyens qu'ils peuvent tirer de leur industrie pour se le conserver. » (*Traité de la mort civile*, page 207).

fallait recourir à l'autorité de la justice, ses droits naturels ne pourraient être défendus que sous le nom et par le ministère d'un curateur à la mort civile, qui agirait comme fait un curateur à une hoirie jacente. (Art. 25 C. c.)

Les biens ainsi acquis par le condamné, après la mort civile encourue, et dont il se trouve en possession lors de sa mort naturelle, font échute au profit du fisc, comme biens vacants, sauf au Roi à en faire telle disposition que l'humanité peut lui suggérer envers la veuve et les enfants, ou autres parents de celui dont ils proviennent. (Art. 33 C. c.)

CHAPITRE XI.

Des Aubains ou Etrangers.

On entend par étranger, ou aubain, *albinus, quasi alibi natus*, celui qui est né de parents non établis en France, et qui n'a point été naturalisé. (*a*)

Quels sont les droits que l'étranger peut ou ne peut pas exercer en France ?

Comment l'étranger peut-il acquérir la qualité de français et celle de citoyen ?

(*a*) L'auteur donne de l'étranger une définition conforme à la théorie qu'il développera plus tard sur *l'incolat*. V. nos observations sur le chapitre 12, *de l'incolat*.

SECTION I[re].

Quels sont les avantages que la Loi accorde, et les droits qu'elle refuse à l'étranger, en France?

Quoique l'étranger ne soit point participant des droits de cité, parce qu'il n'est pas agrégé au pacte social d'où ils dérivent, il ne faut pas confondre son état avec celui du mort civilement dont nous venons de parler.

Le mort civilement ne jouit que de ce qu'il tient du droit des gens primitif, c'est-à-dire, du simple droit naturel reconnu chez les nations policées; mais il ne peut rien revendiquer de ce qui tient aux formes civiles : l'étranger, au contraire, exerce valablement en France, et dans les formes voulues par les lois françaises, tous les actes qui dérivent du droit des gens secondaire, et qui ne sont pas purement du droit civil établi pour l'avantage unique des membres de la cité (*a*).

Ainsi, l'étranger peut, par tous actes de commerce,

(*a*) Suivant l'auteur, le mort civilement *ne peut rien revendiquer de ce qui tient aux formes civiles*. Il est cependant impossible d'admettre que le bénéfice d'une institution doive être refusé à l'homme frappé de mort civile, uniquement parce que cette institution comporte certaines formes. Ainsi l'hypothèque conventionnelle dépend de la forme extérieure des actes (V. art. 2117); et cependant il est certain qu'un mort civilement peut être partie dans une constitution d'hypothèque. (Comp., art. 22 et 25.)

acquérir des biens en France, et les aliéner de même : il peut s'y marier et y régler ses conventions matrimoniales, aussi valablement que si elles étaient stipulées dans son pays (art. 19 C. c.) (*a*).

Il peut personnellement paraître, tant en demandant (art. 15 C. c.), qu'en défendant, contre un français, devant les Tribunaux du royaume, qui lui doivent la même justice qu'aux citoyens, parce que les actes et les droits de cette espèce sont consacrés par les usages observés entre les différentes nations policées qui, ne florissant que par le commerce, sont tacitement convenues d'en faire respecter les engagements pris par les sujets des unes envers ceux des autres, et de se rendre réciproquement justice.

Néanmoins, lorsqu'un étranger est demandeur principal ou intervenant, il est tenu, en toute matière autre que celles de commerce, de fournir préalablement, si le défendeur le requiert, la caution *judicatum solvi* (art. 15 C. c.), s'il ne consigne une somme jugée suffisante pour en tenir lieu, ou s'il n'a des immeubles en France d'une valeur suffisante pour répondre de tous frais et dommages-intérêts qui pour-

---

(*a*) *L'étranger*, dit l'auteur, *peut, par tous actes de commerce, acquérir des biens en France et les aliéner de même.* Il est évident que cette règle est également applicable au mort civilement. Et cependant l'auteur paraît vouloir, dans cet alinéa, faire ressortir par des exemples une distinction fondamentale à établir entre l'étranger et le mort civilement.

raient être adjugés contre lui; mais cette caution n'étant requise que dans l'intérêt du défendeur et seulement au cas où il l'exige, (art. 166 et 167 C. pr.), ne serait point passible de l'amende du fol appel (*a*).

(*a*) I. Sous ce rapport l'étranger est traité plus défavorablement que ne le serait le mort civilement. L'usage de cette caution existait déjà dans l'ancienne jurisprudence française. (V. Pothier, *Traité des personnes*, tit. 2, section 2.) Le motif qui l'a fait établir est évidemment la crainte que l'on a de voir l'étranger disparaître et se retirer dans son pays; il pourrait ainsi entraîner le Français dans des déboursés de frais et d'autres pertes pécuniaires. Aussi la caution *judicatum solvi* a-t-elle été autrefois exigée en plusieurs occasions des souverains étrangers eux-mêmes. On disait que la qualité de souverain pouvait être précisément pour le demandeur une facilité de plus, à se soustraire au paiement de l'indemnité dont il serait débiteur envers le Français.

L'art. 16 dispense de la nécessité de fournir caution l'étranger qui possède en France des immeubles d'une valeur suffisante pour assurer ce paiement. En effet, il est peu probable que pour échapper aux poursuites de ses créanciers, l'étranger prenne le parti d'aliéner à la hâte et avec une perte notable, les immeubles qu'il possède en France. Cette garantie suffit sans que l'on soumette cet étranger à la nécessité de consentir une hypothèque sur ses immeubles. Exiger de lui cette hypothèque, serait évidemment ajouter à la rigueur de la loi. V. aussi l'art. 167 C. pr. et l'art. 2041 C. civ., desquels il résulte que le demandeur est dispensé de donner caution, en consignant une somme ou en fournissant un gage suffisant.

II. On se demande souvent si cette caution peut être requise par un défendeur qui est lui-même étranger. Quelques personnes se fondent sur la relation qui existe entre les art. 15 et 16, pour en conclure que le droit de demander caution doit être considéré comme un des

L'étranger, même non résidant en France, est regardé comme s'étant rendu justiciable des Tribunaux français, par cela seul qu'il a contracté avec

---

droits refusés aux étrangers. Cependant l'ancienne doctrine était contraire à cette opinion, et on cite un arrêt du Parlement de Paris du 23 août 1571, qui décide la question en faveur de l'étranger défendeur. Le Code civil paraît avoir voulu reproduire, telle qu'elle existait autrefois, la pratique de la caution *judicatum solvi,* et rien n'indique qu'il ait voulu s'en écarter sur le point que nous traitons. Au contraire notre art. 16 et l'art. 166 du Code de procédure sont conçus dans les termes les plus généraux ; ces articles se réfèrent à *tous étrangers demandeurs*. Les étrangers ne trouveraient en France aucune sûreté et protection, s'ils étaient exposés à toutes les vexations résultant d'un procès intenté mal-à-propos par un individu qui peut facilement disparaître et échapper à toutes poursuites ; surtout si l'on suppose que le demandeur et le défendeur ne sont pas sujets de la même nation. La question que nous venons d'examiner présuppose que les Tribunaux français peuvent être compétents dans des contestations où les deux parties sont étrangères. Nous examinerons ce dernier point dans la note *a* de la page 160.

III. L'étranger est dispensé de fournir caution si les traités en dispensent les Français qui plaident comme demandeurs devant les Tribunaux du pays de cet étranger (V. C. civ. art. 11). Des traités de ce genre ont été conclus avec la Suisse et la Sardaigne.

IV. Enfin l'étranger est dispensé de fournir caution *en matière de commerce*. Il y a matière de commerce au point de vue de notre article, lorsque la poursuite est fondée sur un acte qui est commercial de *la part du défendeur ;* car dans ce cas seulement le procès doit être porté devant le Tribunal de Commerce. Ou, plus brièvement, la matière de commerce est celle qui doit être jugée commercialement. (Comp. l'art. 166 C. pr. qui soumet à la néces-

un français ; il peut en conséquence être traduit devant eux, pour les obligations ainsi contractées, même en pays étranger (art. 14 C. c.) : le Code ne lui permet pas d'opposer au français la maxime *actor sequitur forum rei;* il permet au contraire à celui-ci de le citer devant son propre Tribunal, parce que les jugements rendus par des Tribunaux étrangers, n'étant point exécutoires en France (art. 2123 C. c.), on a dû accorder au français la faculté d'obtenir justice d'un Tribunal dont la décision pût, par elle-même, être exécutée sur les biens que le débiteur posséderait en France (*a*).

---

sité de donner caution *tous étrangers demandeurs* devant les Tribunaux ordinaires, avec l'art. 423 du même C. pr., article placé sous la rubrique de la *procédure devant les Tribunaux de commerce,* lequel dispense de donner caution *les étrangers demandeurs en matière de commerce.*) Cette exception à la règle ordinaire s'explique à raison de la modicité des frais, et surtout de la rapidité de la procédure commerciale, qui doit être dégagée de toute espèce d'entraves et d'embarras.

(*a*) L'auteur donne pour motif de la disposition de l'article 14, la règle d'après laquelle les jugements rendus en pays étranger ne sont pas exécutoires en France. Mais ces jugements peuvent facilement devenir exécutoires en France (V. l'art. 2123 cité par l'auteur, et l'art. 546 C. pr.); et même, dans notre opinion, sans que le Tribunal français ait à reviser le fond du procès. L'art. 14 se justifiera donc mieux par cette autre considération, qu'il eût été à craindre que le Français ne trouvât pas devant les Tribunaux étrangers la justice qui lui est due.

Peu importe au reste l'origine de l'obligation, qu'elle ait été à proprement parler *contractée*, c'est-à-dire produite par un contrat,

Mais il faut observer que ce n'est qu'en faveur des Français que le Code repousse cette exception déclinatoire, et qu'en conséquence si un étranger était cité par un autre étranger, devant un Tribunal français, pour tous intérêts privés, il aurait droit de demander son renvoi pardevant ses juges naturels, parce qu'il se trouverait placé sous la maxime *actor sequitur forum rei*, et ne serait point, en thèse générale, justiciable des Tribunaux de France (*a*).

---

ou qu'elle soit née d'un quasi-contrat, d'un délit ou d'un quasi-délit. (Comp., art. 1101 et 1370.)

La rédaction de l'art. 14 est embarrassée; ce qui est dit en deux membres de phrase pourrait être facilement resserré en un seul. Ceci s'explique par les dispositions du premier projet, qui ne permettait de poursuivre l'étranger pour obligations par lui contractées *en pays étranger* envers des Français, qu'autant qu'il serait trouvé en France. Cette distinction à laquelle se rattachaient les deux expressions différentes *cité et traduit* a disparu dans la rédaction définitive, mais il en est resté des traces évidentes.

(*a*) Les mots *en thèse générale*, dont se sert l'auteur, supposent qu'il existe une ou plusieurs exceptions à la règle. En effet il y aurait exception dans le cas où la convention contiendrait élection de domicile en France. Cette élection de domicile sera facilement présumée dans certaines conventions; par exemple, lorsqu'il s'agit d'un salaire modique promis à un ouvrier auquel un travail a été commandé. Il serait bien raisonnable encore d'excepter les cas où un étranger a nui par sa faute ou son dol à un autre étranger, sans que le fait constitue une infraction à une loi pénale. On pourrait fonder cette dernière exception sur le principe que les lois de sûreté protègent les étrangers qui se trouvent en France. Cette solution serait

L'étranger, non résidant en France, qui est traduit devant un Tribunal français, doit être cité au domicile du procureur du Roi près le Tribunal où la demande est portée, lequel doit viser l'original et envoyer la copie au ministre des relations extérieures (art. 69, § 9, du C. pr.) pour la faire parvenir à sa destination.

L'étranger peut donc être cité pardevant les Tribunaux de France, par la raison que les condamnations obtenues dans son pays ne seraient point exécutoires en France (art. 546 C. pr.); mais ce moyen, s'il était seul, serait encore très-souvent insuffisant pour obtenir justice contre lui, par la raison qu'une sentence prononcée par un Tribunal français n'est pas non plus exécutoire en pays étranger; elle serait à la vérité suffisante dans les cas rares où l'étranger posséderait des biens en France; mais dans les cas or-

---

incontestable dans le cas où le fait constituerait une infraction à une loi pénale; car l'étranger pourrait se porter partie civile devant les Tribunaux criminels, conformément à l'art. 3 du Code d'instruction criminelle.

Enfin, dans les cas même où l'étranger aurait le droit d'opposer le déclinatoire pour incompétence, il pourra certainement négliger ce moyen et consentir à être jugé par un Tribunal français. En effet, l'incompétence qui se rattache au domicile du défendeur n'est pas d'ordre public, et les Tribunaux ne sont pas obligés de la déclarer d'office (Comp., art. 168, 169, 170 C. de pr.) Mais il ne paraîtrait pas raisonnable d'aller jusqu'à dire que les Tribunaux français soient tenus de statuer sur toutes les contestations des étrangers qui consentiraient à être jugés par eux; en effet, les Tribunaux doivent avant tout la justice à leurs justiciables naturels.

dinaires, elle ne serait plus qu'un titre illusoire, si l'on ne pouvait arrêter la personne même du débiteur rencontré sur le sol du royaume : c'est pourquoi tout jugement de condamnation qui intervient au profit d'un français contre un étranger non domicilié en France, emporte la contrainte par corps; et même il suffit que la dette soit échue pour que, sur la requête du créancier, le président du Tribunal d'arrondissement où se trouve l'étranger, puisse, suivant les circonstances, en ordonner l'arrestation provisoire (1). (*a*)

L'étranger étant toujours passible de la contrainte par corps, il en résulte qu'il ne peut jamais être admis au bénéfice de cession de biens (art. 905 C. pr.), que la loi n'accorde au débiteur que pour conserver la liberté de sa personne en abandonnant son actif à ses créanciers. (Art. 1268 C. c.)

Les étrangers sont, en France, incapables de tous emplois civils qui exigent les droits de cité, et ne peuvent être témoins ni dans les actes entre-vifs (2),

---

(*a*) La loi du 10 décembre 1807 est expressément abrogée par la loi du 17 avril 1832, art. 46. Dans nos observations placées à la fin de la section, nous ferons connaître les dispositions de cette loi de 1832 en ce qui concerne les étrangers. On verra qu'elle a beaucoup amélioré leur position.

(1) Loi du 10 décembre 1807, bull. 161, n° des lois 2788, tom. 7, pag. 84, 4e sér.

(2) Loi du 25 ventôse an 2, sur le notariat, art. 9, bull. 258, n° des lois 2440, tom. 7, pag. 592, 3e sér.

ni dans les dispositions de dernière volonté (art. 980 C. c.), parce que les témoins instrumentaires employés dans un acte public, participent aux fonctions de l'officier qui ne pourrait seul le recevoir (*a*).

Quant à la successibilité, comme elle est toute dans le droit civil, l'étranger n'y participe et n'est admis à succéder aux biens que son parent, étranger ou français, possédait dans le territoire du royaume, que dans les cas et de la manière dont un français succéderait à son parent, laissant des biens dans le pays de cet étranger (art. 726 C. c.), conformément aux dispositions des traités faits entre le gouvernement français et la nation à laquelle l'étranger appartient (art. 11 C. c.) (*b*).

Ainsi, lorsqu'un étranger appartient à un gouvernement avec lequel il n'y a point eu de traité qui permette aux Français d'y recueillir des successions, il est soumis à la loi de la réciprocité : c'est alors le

---

(*a*) L'auteur a traité ailleurs des droits politiques (V. p. 66, pages 115 et 116); il y a donc ici double emploi. Remarquons seulement que la qualité de français n'est pas requise chez les témoins des actes de l'état civil (art. 37). Cette règle spéciale tient sans doute à ce que les actes de l'état civil, ou au moins certains d'entr'eux, sont d'une nécessité absolue, et que rien ne peut dispenser de l'obligation de les faire rédiger dans un bref délai.

(*b*) Les articles 726 et 912 du Code civil ont été abrogés par la loi du 14 juillet 1819. Tout ce qui suit dans l'auteur, jusqu'à la fin de la section, n'a donc plus pour nous qu'un intérêt historique.

Gouvernement français qui recueille les biens soit du français qui ne laisse que des étrangers pour parents successibles, soit de l'étranger qui, ayant des propriétés en France, ne laisse point de français pour héritier, et en cela le fisc exerce ce qu'on appelle *le droit d'aubaine* (*a*).

La même règle de réciprocité a lieu pour la faculté de transmettre par donation entre-vifs, ou par testament, parce que le Code portant qu'*on ne pourra disposer au profit d'un étranger, que dans les cas où cet étranger pourrait disposer au profit d'un français* (art. 912 C. c.), cette décision doit s'entendre de la donation comme du testament, attendu qu'elle est générale et qu'elle est placée dans un chapitre qui est également relatif à ces deux espèces de dispositions (*b*).

Mais en est-il ainsi des libéralités qui seraient faites par l'étranger lui-même au profit d'un français? Abstraction faite d'aucun traité conclu, sur le droit d'aubaine, avec la nation dont un étranger est membre, ne peut-il faire, au profit d'un français, ni donation entre-vifs, ni libéralités à cause de mort? Suivant le Code (art. 902 C. c.), toutes personnes peuvent dis-

(*a*) V. à la fin de la section, les observations par lesquelles nous chercherons à démontrer que le Code civil n'a nullement rétabli ce qu'on appelait autrefois le droit d'aubaine.

(*b*) Cette question ne se présente plus depuis la loi du 14 juillet 1819, qui accorde aux étrangers le droit de *disposer* de la même manière que les Français.

poser, excepté celles que la loi en déclare incapables : peut-on conclure de là que le testament ou la donation faits par l'étranger au profit d'un français, seraient valables, par cela seul que la loi française ne renferme aucune prohibition formelle à son égard ?

Cette question doit être envisagée soit sous le rapport du testament, soit sous celui de la donation, parce que les principes de l'un ne sont pas les mêmes que ceux de l'autre.

D'abord, en ce qui concerne le testament, il ne serait rien moins qu'exact de dire que la loi française n'en prohibe pas l'usage à l'étranger, pour les biens qu'il possède en France.

En effet, la faculté de tester est toute dans le droit civil; or, l'étranger appartenant à une nation avec laquelle il n'y a aucun traité à ce sujet, est exclu, par le Code, de toute participation à l'exercice des droits civils en France; donc il lui est formellement interdit de tester sur les biens qu'il peut posséder dans le royaume.

Après la mort de l'homme, la loi se saisit de son patrimoine, pour le céder au fisc, dans le cas du droit d'aubaine; ou pour le distribuer aux héritiers qu'elle désigne, quand le droit d'aubaine n'a pas lieu : pour qu'un testament puisse mettre obstacle à cette transmission légale, il faut que le testateur ait eu le droit de déroger aux dispositions de la loi qui régit ainsi les biens qu'il a laissés; il faut donc que cette même loi lui ait accordé le pouvoir de les soustraire à sa dévo-

lution, parce qu'il n'y a qu'elle qui puisse mettre des bornes à ce qu'elle prescrit; mais loin que ce mandat civil soit accordé à l'étranger, par la loi française, loin même qu'elle en souffre l'usage de sa part, elle lui interdit toute entreprise à ce sujet, dans son territoire; l'héritier qu'il aurait nommé, n'aurait donc en sa faveur, qu'un titre tout-à-la-fois prohibé et émanant d'un homme sans pouvoir pour tout ce que le testateur aurait laissé en France.

Sans doute un pareil testament serait un acte valable en lui-même, si le testateur était déclaré capable de tester, par les lois de son pays; mais ces lois n'ont pu lui déléguer de pouvoir que dans l'étendue du territoire qu'elles régissent : elles n'ont pu mettre à sa libre disposition des biens placés sous la main de la loi française; elles n'ont pu lui permettre de faire en France, ce que la loi française lui défend de faire en France : ainsi, son testament étant absolument sans force et comme non avenu, pour les biens situés dans le royaume, le légataire, nous le répétons, n'a rien à opposer aux droits du fisc.

Mais cette décision ne doit point avoir lieu dans le cas de la donation entre-vifs, parce qu'elle est régie par des principes tout différents.

En effet, quoique la donation emprunte ses formes matérielles du droit civil, la capacité ou la faculté de donner dérivent du droit des gens, c'est-à-dire, de cette espèce de droit que l'étranger peut exercer en France; d'où il résulte que l'acte ne peut être privé

de ses effets ni par défaut de pouvoir de son auteur, puisque l'étranger peut donner, ni par incapacité du donataire, puisque le français peut recevoir.

Le droit d'aubaine est établi pour empêcher les richesses nationales d'être transportées en pays étranger; mais il n'est pas tel qu'on doive considérer les étrangers comme main-mortables du fisc, dans un sens absolu et contre le vœu du droit des nations.

La loi qui permet à l'étranger d'acquérir des domaines en France, par toutes sortes de contrats commutatifs, lui permet aussi de les aliéner. S'il les vend, il en transporte le prix dans son pays, tandis qu'en les donnant à un français, tout le bien reste en France : le vœu du législateur est donc encore bien mieux rempli par la donation, que par la vente; d'où il est nécessaire de conclure que la loi française permet à l'étranger de donner au français.

Il n'y a donc nul doute qu'une pareille donation, revêtue de toutes ses formes, ne soit valable, et que dès le moment même de l'acte, le donateur ne reste dessaisi, comme le donataire se trouve revêtu du domaine de la chose donnée, et dès-lors les droits de ce dernier ne peuvent plus se trouver, par la suite, en opposition avec ceux du fisc, parce que la loi ne donne au fisc, comme héritier irrégulier, que les biens qui se trouvent dans la succession de l'étranger, et que ceux qu'il avait valablement donnés, ne peuvent en faire partie.

En un mot, dans le cas de la disposition à cause

de mort, le légataire a pour lui le testament de l'homme, et le fisc a pour lui le testament de la loi : nulle priorité entre ces deux titres, puisqu'ils ne disposent l'un et l'autre qu'après le décès : celui de la loi doit donc l'emporter, parce qu'elle n'avait pas délégué au testateur étranger le droit de déroger à ce qu'elle prescrit; mais dans le cas de la donation, il n'y a plus de concurrence entre les deux titres, parce que la loi ne disposait pas du vivant du propriétaire, qu'elle lui permettait au contraire d'aliéner lui-même, et qu'après son décès, ne disposant que de ce qu'il a laissé, elle fait entièrement abstraction de ce qu'il avait donné en son vivant (*a*).

(*a*) La question de savoir si l'étranger peut faire des libéralités à un Français, soit par testament, soit par donation entre-vifs, a été, comme la question précédente, mise hors de toute controverse par la loi du 14 juillet 1819. Au reste, en faisant même abstraction de cette loi, et nous supposant placés encore sous l'empire du Code civil, nous n'aurions pu nous ranger à l'opinion de M. Proudhon. En effet, l'étranger, reconnu capable d'être en France propriétaire, soit de meubles, soit d'immeubles, était par là même reconnu capable *d'en disposer de la manière la plus absolue* (V. art. 544), sauf dans les cas où une loi positive aurait dit le contraire. Or la loi refusait bien à l'étranger la capacité de recevoir, ou en d'autres termes, de profiter d'une disposition faite à son profit par donation ou testament (V. art. 912); mais elle ne lui refusait pas la capacité de *disposer* par l'un de ces deux modes au profit d'un Français. La distinction que fait l'auteur à ce sujet entre la donation et le testament, distinction qu'on retrouve dans l'ancienne doctrine, et qui avait été mal-à-propos empruntée aux

OBSERVATIONS.

Dans nos observations sur cette Section, nous aurons d'abord à exposer les modifications que la législation positive a subies, en ce qui touche les droits *civils* ou *privés* accordés à l'étranger en France; puis nous chercherons s'il est possible d'établir une théorie générale, applicable aux droits dont le législateur ne s'est pas spécialement occupé.

Deux lois doivent surtout fixer notre attention : la première, que nous avons plusieurs fois citée dans les notes précédentes, est la loi du 14 juillet 1819, relative aux successions, donations entre-vifs et testamentaires. La deuxième est la loi du 17 avril 1832 sur la contrainte par corps. Occupons-nous d'abord de la première.

I. C'est surtout en ce qui concerne le droit de succéder et de recevoir des libéralités, que la législation sur les étrangers a subi de notables variations. On peut à cet égard distinguer quatre périodes distinctes.

Avant la révolution de 1789, lorsqu'un étranger mourait, sa succession n'était pas transmise à ses héritiers *même régnicoles ;* on faisait toutefois une exception au profit de ses enfants français. Les biens de l'étranger décédé en France appartenaient à l'Etat, dont le droit en cette matière était appelé *droit d'aubaine.*

---

idées romaines, n'avait point été admise dans le Code civil où l'on emploie au contraire le mot générique *disposer,* pour mettre sur la même ligne la donation et le testament (V art. 912 et les rubriques du titre 2 du liv. 3 du Code et aussi du chap. 2 de ce même titre). Nous aurions donc décidé que l'étranger était capable de disposer au profit d'un Français par donation entre-vifs et par testament. Mais comme la question était controversée, le législateur de 1819 a sagement fait de la décider, en accordant expressément à l'étranger le droit de disposer. (L. du 14 juillet 1819, art. 1.)

Ce droit d'aubaine, il faut bien le remarquer, n'avait rien de commun avec l'incapacité où les étrangers étaient de recueillir les successions de leurs parents français ; car ces successions n'étaient point dévolues au fisc, mais aux parents français les plus proches, lesquels excluaient les parents étrangers. Le droit d'aubaine au contraire était un droit de l'Etat, et différait du droit de déshérence, 1° en ce qu'il s'exerçait au préjudice des parents autres que les enfants; 2° en ce qu'il était essentiellement *régalien*, c'est-à-dire propre au Roi qui représentait l'État ; tandis que le droit de déshérence appartenait quelquefois à des seigneurs hauts-justiciers.

Sous l'Assemblée constituante commence une nouvelle ère de législation concernant les étrangers. Ce qui caractérise ces nouvelles lois, c'est une sorte d'enthousiasme philanthropique, qui abjure tout égoïsme national, et ne voit plus dans les étrangers que des frères. On trouve l'expression de ces sentiments exaltés dans la loi du 6-18 août 1790, qui supprime le droit d'aubaine. L'Assemblée déclare que « le droit d'aubaine est contraire aux principes de fra» ternité qui doivent lier les hommes quels que soient leur pays et » leur gouvernement ; . . . . . que la France libre doit ouvrir son » sein à tous les peuples de la terre, en les invitant à jouir sous » un gouvernement libre, des droits sacrés et inaliénables de » l'humanité. » L'année suivante les étrangers, même établis hors du royaume, furent déclarés capables de recueillir en France les successions de leurs parents même français. (L. du 8-15 avril 1791, art. 3.)

Une troisième époque de législation commence avec le Code civil. A l'époque de la confection de ce Code, on était revenu de bien des idées enthousiastes, et on avait reconnu que les avances faites si généreusement par l'Assemblée constituante aux nations étrangères, n'avaient pas été payées de retour.

L'article 726 du Code décide qu'un étranger n'est admis à succéder aux biens que son parent possède sur le territoire français, que dans le cas d'une réciprocité établie par les traités. Mais cet

art. 726 ni aucun autre ne rétablissent le droit qu'avait autrefois l'Etat, de venir à la succession des étrangers à l'exclusion de presque tous les parents même français. Dès-lors il y a chez l'étranger incapacité de succéder, mais nullement incapacité de transmettre par succession. La pensée des rédacteurs du Code était non pas de spolier des Français pour enrichir le fisc, mais uniquement d'empêcher la fortune des particuliers de passer dans des mains étrangères.

Enfin arrive la loi du 14 juillet 1819, qui, abrogeant l'article 726, confère aux étrangers le droit de *succéder de la même manière que les Français dans toute l'étendue du royaume* (art. 1er). Cette loi si favorable aux étrangers ne revèle cependant pas, comme on pourrait le croire, un retour aux idées larges et philanthropiques de l'Assemblée constituante. Le législateur de 1819 se propose le même but que le législateur de 1803, c'est-à-dire l'intérêt particulier de la France; mais il fait son calcul d'une autre manière. En 1819, la propriété foncière était encore frappée de dépréciation, et l'état du crédit particulier agissait d'une manière fâcheuse sur le cours des rentes sur l'Etat. Dès-lors on pensa qu'il fallait chercher à attirer en France les capitaux étrangers, dont la puissance servirait à féconder l'agriculture et l'industrie, et même à relever le cours des fonds publics. Mais pour cela il était nécessaire que les étrangers ne fussent pas retenus par la crainte de ne pouvoir transmettre à leurs parents les biens qu'ils laisseraient en France. Tels furent les motifs qui déterminèrent les Chambres, lesquelles n'avaient pas alors l'initiative en matière de lois, à supplier le Roi de présenter une loi sur cet objet.

Au reste la loi du 14 juillet 1819 décide dans son art. 2, que dans le partage d'une même succession entre les cohéritiers étrangers et français, ceux-ci prélèveront sur les biens situés en France, une portion égale à la valeur des biens situés en pays étranger dont ils seraient exclus, à quelque titre que ce soit, en vertu des lois et coutumes locales.

Après avoir épuisé ce qui concerne les successions, peu de mots suffiront quant aux donations entre-vifs et testamentaires.

Dans l'ancienne jurisprudence, on déclarait l'étranger incapable de recevoir des legs, mais capable de recevoir des donations entre-vifs ; parce que, disait-on, le testament est de *droit civil* et la donation entre-vifs *de droit des gens*. Cette distinction, comme nous l'avons dit plus haut (N. *a* de la page 168), n'avait aucune base rationnelle, et se fondait uniquement sur des traditions de droit romain mal interprétées et mal-à-propos invoquées. En droit romain, les testaments étaient votés comme des lois; et plus tard pour tester on dut employer les formes solennelles de la mancipation, mode d'acquérir dont l'usage était réservé aux citoyens. On conçoit donc que le testament appartînt au droit civil. Au contraire, en droit romain il n'y avait rien de spécial dans le mode employé pour faire une donation, soit que le donateur aliénât, soit qu'il se constituât seulement débiteur; on conçoit donc que la donation était *de droit des gens*, c'est-à-dire à l'usage non-seulement des citoyens romains, mais encore des étrangers. Au reste l'Assemblée nationale avait fait disparaître cette incapacité des étrangers, comme leur incapacité de succéder *ab intestat*.

Les rédacteurs du Code civil n'avaient pas à distinguer et n'ont pas distingué entre la donation entre-vifs et le testament; ils ont interdit à l'étranger le droit de recevoir une libéralité quelconque. Cette règle de droit, qui était bien dure, et difficile à justifier lorsque l'auteur de la libéralité était lui-même étranger, n'existe plus depuis la loi du 14 juillet 1819 qui abroge l'art. 912 du Code civil.

II. Passons à la matière de la contrainte par corps.

Dans l'ancienne Jurisprudence, les étrangers étaient constamment contraignables par corps pour toute espèce de dette. La loi du 10 septembre 1807 avait maintenu cette rigueur, qui a été adoucie par la loi du 17 avril 1832.

Le titre 3 de cette dernière loi traite *de la contrainte par corps contre les étrangers*, et le titre 4 contient des dispositions communes aux Français et aux étrangers.

Tout jugement qui intervient au profit d'un Français contre un étranger non domicilié en France emporte la contrainte par corps;

mais cette contrainte ne peut avoir lieu pour une somme inférieure à cent cinquante francs (art. 14). Au contraire sous l'empire de la loi de 1807, tout jugement de condamnation rendu au profit d'un Français contre un étranger emportait la contrainte par corps, quelle que fût la modicité de la créance.

D'après la loi nouvelle, l'étranger septuagénaire n'est point contraignable par corps, si ce n'est au cas de stellionat (Comp. C. civ., art. 2059 et 2136); il est à cet égard dans la même position que le Français (art. 18 de la loi). Enfin la contrainte par corps n'est pas prononcée contre les *étrangers* pour dettes civiles, sauf aussi le cas de stellionat (même art. 18).

On doit sans contredit appliquer à l'étranger comme aux Français la règle de l'article 19 de la même loi, lequel défend de prononcer la contrainte par corps au profit du créancier qui est époux, ascendant, descendant, frère ou sœur du débiteur, ou son allié dans la même ligne ou au même degré. On doit également appliquer la règle de l'article 21, qui défend d'exécuter la contrainte par corps simultanément contre le mari et la femme pour la même dette.

Toutes les autres dispositions du titre 4 de la loi sont applicables aux étrangers, sauf l'exception énoncée dans l'article 32.

Toutefois, même sous l'empire de la loi nouvelle, il subsiste encore de notables différences entre les Français et les étrangers.

Ainsi, 1° les Français ne sont contraignables par corps que dans certains cas expressément déterminés par la loi (V. C. civ, art. 2063); les étrangers le sont pour toute espèce de causes (L. du 17 avril 1832, art. 14).

2° Les Français sont contraignables par corps pour une somme de 300 fr. en matière civile, et de 200 fr. en matière de commerce; les étrangers pour la somme de 150 francs (même art. 14).

3° Les Français ne sont contraignables par corps qu'en vertu d'un jugement de condamnation; les étrangers peuvent, avant tout jugement, être incarcérés provisoirement sur une simple ordonnance du Président du Tribunal (même loi, art. 15 et 16).

4° Enfin la durée de la contrainte par corps est ordinairement

moindre lorsque le débiteur est français, que lorsqu'il est étranger (ibid., art. 17).

III. Maintenant se présente à nous une question bien plus vaste. Les deux lois du 14 juillet 1819 et du 17 avril 1832, dont nous venons de parler, n'ont fait que régler quelques points de détail sur la condition des étrangers en France. Est-il possible d'établir une théorie générale sur cette condition des étrangers en matière civile? En d'autres termes, pouvons-nous déterminer d'une manière complète quels sont les droits civils ou privés que la loi française concède aux étrangers, et quels sont ceux qu'elle leur refuse?

L'art. 11 du Code civil est ainsi conçu : « L'étranger jouira en France des mêmes droits civils que ceux qui sont ou seront accordés aux Français par les traités de la nation à laquelle cet étranger appartiendra. »

De la règle posée par cet article 11 il semblerait résulter que 'étranger dont la nation n'aurait fait avec la France aucun traité, ne jouirait en France d'aucun droit privé, n'y pourrait être, par exemple, ni propriétaire ni créancier. Mais cette conséquence serait contraire à plusieurs textes du Code, entre autres, à l'article 3 qui reconnaît que l'étranger peut être propriétaire d'immeubles situés en France, et à l'article 15 qui suppose un étranger créancier d'un Français.

Pour écarter toute espèce d'obscurité et de doute, les rédacteurs du Code auraient dû faire, relativement à l'étranger, ce qu'ils ont fait relativement à l'individu frappé de mort civile, (Comp. art. 25); c'est-à-dire énumérer les droits refusés en principe aux étrangers, et dont la jouissance pouvait leur être conférée par les clauses des traités. Telle était aussi la pensée du Tribunat, qui réclama cette énumération, mais dont les observations n'eurent point de résultat.

La question générale que nous avons posée plus haut, et qui est de savoir quels sont les droits privés qui sont refusés ou concédés aux étrangers, est donc restée enveloppée de quelque obscurité au milieu des textes divers du Code civil.

Une première théorie consisterait à dire qu'en principe l'étranger se trouve quant à la jouissance des droits civils ou privés, dans la même position que le mort civilement, sauf l'effet des lois particulières qui auraient accordé à l'étranger quelques-uns des droits qu'enlève la mort civile; et sauf aussi les cas où l'incapacité du mort civilement a purement et simplement le caractère d'une note d'infamie. D'après cette théorie, l'étranger ne pourra être nommé tuteur ni concourir aux opérations relatives à la tutelle (V. art. 25); les dispositions des articles 726 et 912, qui le rendent incapable de recueillir des successions, donations entre-vifs et legs, ne seront également que des conséquences tirées virtuellement de l'article 25. Mais les autres dispositions de ce même article seront inapplicables à l'étranger : ainsi, il ne sera pas incapable de contracter mariage, le Code civil supposant même que l'étranger peut s'unir par mariage aux familles françaises (art. 12 et 19); il pourra donc avoir des parents français, une famille française. De là encore cette conséquence, qu'on n'appliquera pas à l'étranger la règle d'après laquelle le mort civilement ne peut transmettre à titre de succession les biens acquis depuis la mort civile encourue, règle fondée uniquement sur ce que l'individu mort civilement n'a plus de famille et de parents. Si donc l'étranger a des parents français, ces derniers lui succéderont d'après le Code civil, et abstraction faite de la loi du 14 juillet 1819.

L'étranger, à la différence du mort civilement, pourra être témoin dans un acte solennel ou authentique, à moins qu'une loi spéciale n'exige chez les témoins de tel ou tel acte la qualité de Français. Ainsi, il pourra être témoin dans un acte de l'état civil (C. civ., art. 37); mais il ne pourra l'être dans un acte notarié (loi du 25 ventôse an 11, art. 9), ni dans un testament (C. civ., art. 980). Enfin l'étranger pourra déposer en justice sous la loi du serment; il pourra également plaider par lui-même et sans le ministère d'un curateur (Comp., art. 25).

Tel est le système qui nous avait paru d'abord résulter de la combinaison des articles 8, 11 et 25 du Code civil. Mais on peut

l'attaquer par cette objection assez grave qu'il conduit à admettre, contre toute vraisemblance, que les rédacteurs du Code civil auraient été plus rigoureux à l'égard des étrangers qu'on ne l'était dans l'ancien droit. En effet, comme nous l'avons déjà remarqué, les étrangers incapables de tester étaient capables de faire des donations entre-vifs. (V. Pothier, *Traité des personnes*, tit. 2, section 2, Comp., art. 25.) Ajoutons que l'article 902 déclare formellement que toute personne est capable de disposer et recevoir, soit par donation entre-vifs, soit par testament, excepté celles que la loi en déclare incapables. On voit par là qu'il est périlleux, pour expliquer la condition des étrangers d'après le Code civil, de prendre l'article 25 pour point de départ. Voici maintenant, sur la question proposée, un autre système dont nous proposerons l'adoption.

Lorsque les articles 8 et 11 du Code ont été discutés dans le sein du Conseil d'Etat, on n'a pas essayé de déterminer en principe, quels droits seraient accordés, et quels droits seraient refusés à l'étranger; mais on a seulement examiné la question de savoir *si*, au point de vue du droit privé, *on devait établir une complète égalité entre les Français et les étrangers;* et il a été décidé que cette égalité ne pourrait résulter que d'un traité exprès fait entre la France et les diverses nations étrangères. Sur tout le reste, on n'a arrêté aucune règle générale; et comme par un vague sentiment du droit des gens européen, on a supposé l'étranger en possession de bien des droits civils ou privés, sans les lui attribuer expressément. C'est à la doctrine à recueillir les dispositions de ce genre qui sont éparses dans le Code, à les relier ensemble, et à en former un système raisonnable.

Par exemple, puisque la loi reconnaît que l'étranger peut être en France créancier et propriétaire de biens meubles ou immeubles, il faut en conclure, selon nous, qu'il est capable d'acquérir des biens et d'en disposer par tous les moyens reconnus par la loi française, sauf ceux qui lui sont spécialement interdits. Par conséquent, même avant la loi du 14 juillet 1819, nous aurions re-

connu à l'étranger le droit de faire des donations entre-vifs et testamentaires au profit de Français, ce qui du reste ne pouvait évidemment avoir pour la France aucune espèce d'inconvénients. A bien plus forte raison, et sans hésiter, reconnaîtrons-nous les étrangers capables d'acquérir par prescription, car nous étendons sans difficulté cette décision même à celui qui est mort civilement.

En ce qui concerne *l'état des personnes*, la loi qui permet aux familles étrangères de s'allier par mariage aux familles françaises (art. 12 et 19), pourrait être regardée comme entraînant cette conséquence, que toutes les relations de famille et autres analogues, comme, par exemple, les relations résultant de la tutelle ou de la curatelle, peuvent exister entre des Français et des membres d'une nation étrangère. Un point qui est certainement à l'abri de toute controverse, c'est que si un Français devient étranger, sa femme et ses enfants demeurés français continueront à être soumis à la puissance maritale et paternelle.

Quant au contrat d'adoption, on pourrait soutenir aussi que le Français peut se donner en adoption à un étranger, ou réciproquement; car les rapports de paternité et de filiation peuvent exister entre Français et étrangers. Cette opinion peut même être regardée comme plus facile à soutenir depuis la loi de 1819; car aux sentiments d'affection que la différence de nationalité ne pouvait détruire, sont venues s'ajouter de nombreuses relations d'intérêt.

Au reste on doit comprendre que nous ne pouvons sur tous ces points, exprimer que des doutes; car, nous l'avons dit, une théorie à établir sur ce sujet n'a jamais été l'objet des méditations du législateur.

SECTION II.

Comment l'étranger acquiert les droits de cité en France.

L'étranger, de quelqu'âge et condition qu'il soit, qui a été admis par autorisation du Roi à établir son

domicile en France, jouit de tous les droits civils, tant qu'il continue de résider dans le Royaume (art. 13 C. c.) (*a*).

(*a*) Pour bien comprendre les avantages qu'on a cru devoir accorder aux étrangers domiciliés en France avec autorisation du Roi, il faut savoir qu'aux termes de la Constitution de l'an VIII, un étranger qui veut devenir citoyen français doit résider en France pendant dix années consécutives. Si l'étranger avait dû être soumis pendant ce stage de dix ans aux diverses incapacités qui ont été mentionnées plus haut, l'épreuve eût paru trop dure, et un certain nombre d'étrangers auraient renoncé au projet d'acquérir la qualité de Français. On a donc voulu qu'il leur fût possible, pendant ce délai de dix ans, de jouir sinon des droits politiques, au moins des droits civils. Bien plus, on a pensé qu'il serait utile d'attirer en France par l'attrait de la jouissance des droits privés, certains étrangers dont le projet ne serait pas d'utiliser leur résidence à l'effet d'arriver à la naturalisation.

La disposition de l'article 13 du Code civil, beaucoup plus avantageuse aux étrangers avant la loi du 14 juillet 1819, leur offre encore de l'utilité même depuis cette loi. Ils acquièrent ainsi la faculté d'assigner un autre étranger devant un tribunal français; ils sont dispensés de fournir la caution *judicatum solvi;* ils ne sont soumis à la contrainte par corps que dans les cas où un Français y serait soumis lui-même (Comp., Loi du 17 avril 1832, art. 14 et 15).

On s'est demandé si l'état et la capacité de l'étranger ainsi domicilié en France devaient être à l'avenir régis par la loi française; ou, en d'autres termes, si ses relations de famille, comme celles d'époux, de père, de parent, etc., et son aptitude à contracter, à disposer et à recevoir, devaient être régies par nos lois. Cette question nous paraît devoir être résolue par une distinction. L'état et la capacité de cet étranger doivent être régis par la loi de son

L'étrangère qui a épousé un français, suit la condition de son mari. (Art. 12 C. c.)

L'enfant né en France, d'un étranger, peut devenir français sans autorisation du Gouvernement, en déclarant, dans l'année qui suivra sa majorité, que son intention est de se fixer en France, à charge d'y établir

---

pays, toutes les fois que son intention n'est pas d'abdiquer sa patrie, et qu'il n'a voulu, en demandant l'autorisation du Roi, qu'échapper aux privations dont les étrangers sont frappés en France; dans ce cas, en effet, lui imposer la loi française en ce qui touche son état et sa capacité, serait ordinairement contrarier ses désirs. D'ailleurs ce système offrirait un danger, en ce que les modifications que l'état de l'étranger aurait éprouvées conformément à la loi française, mais contrairement à la loi étrangère, pourraient être regardées comme non avenues lorsqu'il retournerait dans son pays.

Si au contraire l'étranger a perdu tout esprit de retour dans sa patrie, et a demandé l'autorisation d'établir son domicile en France, afin d'accomplir les dix années de stage nécessaires pour être naturalisé, il paraît raisonnable de lui accorder une participation complète aux droits privés établis par la loi française. Dans la position où il s'est placé, lui refuser l'application de lois en matière d'état et de capacité, serait lui causer un préjudice plutôt que lui réserver un avantage.

L'autorisation accordée par le Roi est sujette à révocation, ainsi qu'il résulte d'un avis du Conseil d'état du 18 prairial an XI approuvé le 20.

Si l'étranger cesse de résider en France, il cesse de jouir des droits civils, comme l'indique notre article 13; mais une courte absence, par exemple, un voyage d'agrément ou d'affaires, ne serait pas considéré comme une interruption de résidence.

son domicile dans l'année à compter de sa déclaration, si déjà il n'y réside pas (art. 9 C. c.) (*a*).

Il en est de même de l'enfant né en pays étranger, d'un ci-devant français qui en avait perdu la qualité. (Art. 10 C. c.) (*b*).

A l'égard des droits politiques qui forment le complément de la naturalisation, la seule fixation du domicile en France, même avec l'autorisation du Roi, ne les donne pas à l'étranger; il ne les acquiert

---

(*a*) La majorité dont parle notre article nous paraît être, non la majorité française, mais la majorité telle qu'elle est réglée par la loi du pays de l'étranger. C'est la conséquence du principe posé plus haut, qu'en général l'état des étrangers se règle par la loi étrangère. Décider autrement serait souvent réduire l'étranger, qui dans son pays serait encore après vingt-un ans mineur et non libre de ses actions, à l'impuissance de profiter du bénéfice de l'art. 9. On a tiré argument en sens contraire de l'art. 3 de la Constitution de l'an VIII, qui prend l'âge de vingt-un ans pour point de départ des dix années de résidence exigées pour la naturalisation Mais il est évident que la fixation de ce point de départ n'offre aucun inconvénient pour les étrangers; puisqu'ils peuvent toujours et quel que soit leur âge, commencer cette résidence de dix ans.

(*b*) C'est par inadvertance que l'auteur place dans une position identique l'enfant né en France d'un étranger, et l'enfant né d'un individu jadis français qui a perdu cette qualité. Il suffit de lire attentivement l'art. 10, pour apercevoir toute la différence que le Code a voulu mettre entre ces deux classes de personnes. En effet, l'enfant dont s'occupe l'article 10 peut *toujours* acquérir la qualité de Français; c'est-à-dire qu'il peut obtenir ce bienfait, en manifestant sa volonté à cet égard, même après l'année qui suit l'époque de sa majorité.

que par dix années d'habitation consécutives. (Art. 3 de la Constit. de l'an VIII.) Et comme il faut être français avant que d'être citoyen, les conditions imposées à l'étranger pour acquérir les droits civils, et dont nous venons de parler, doivent toujours avoir été remplies, pour qu'il puisse se dire citoyen après le stage politique que lui impose la Constitution de l'an VIII (*a*).

(*a*) I. L'auteur paraît admettre que l'étranger qui a obtenu du Roi l'autorisation d'établir son domicile en France, est par là même devenu français ; ce qui serait certainement une idée inexacte (V. note *a* de la page 178, et la présente note, n° III).

II. Un avis du Conseil d'Etat du 18 prairial an XI a décidé que l'étranger qui voulait obtenir le bénéfice de la naturalisation conformément à l'art. 3 de la Constitution de l'an VIII, est assujetti à la disposition de l'art. 13, et par conséquent est tenu d'obtenir du Roi l'autorisation d'établir son domicile en France.

Ainsi le stage de dix ans ne peut commencer à courir, tant que l'ordonnance d'autorisation n'a pas été obtenue.

Le décret du 17 mars 1809 introduit encore une grande innovation en cette matière, en disant que même après le stage de dix ans prescrit par la Constitution, l'étranger ne devient citoyen français que par un décret (aujourd'hui une ordonnance) de naturalisation accordé par le Gouvernement.

III. On pourrait se demander si le stage de dix années exigé pour devenir citoyen, en matière de naturalisation proprement dite, est également imposé aux étrangers qui sont devenus français en vertu des art. 9 et 10 du Code. Nous déciderons que ce stage n'est nullement nécessaire. Cela est incontestable pour le cas prévu dans l'art. 9 (V. le texte de l'art. 2 de la Constitution); et, d'un autre

Néanmoins le Roi peut modifier ces diverses conditions, et même il peut conférer les droits de citoyen, après un an de domicile, aux étrangers qui rendraient ou qui auraient rendu des services importants à l'Etat, ou qui apporteraient en France des talents, des inventions, ou une industrie utiles, ou qui y formeraient de grands établissements (1) (*a*).

APPENDICE AU CHAPITRE XI.

De l'état des Français devenus étrangers, et notamment décrets du 6 *avril* 1809 *et du* 26 *août* 1811.

On a traité dans cet ouvrage de l'état des étrangers et de celui des individus frappés de mort civile, et on a signalé toutes les différences qui existaient entre ces deux états. Maintenant nous

---

côté, l'intention formelle du législateur a été de placer l'individu auquel s'applique l'art. 10, c'est-à-dire l'enfant né d'un ci-devant Français, dans une position encore plus favorable que celle de l'enfant né en France d'un étranger, et auquel s'applique l'art. 9.

(*a*) Nous ferons remarquer qu'une ordonnance rendue le 4 juin 1814, c'est-à-dire le jour même de la promulgation de la Charte, établit que des *lettres de grande naturalisation*, soumises à la vérification des deux Chambres, peuvent être accordées aux étrangers, qu'ils aient eu ou non un domicile antérieur en France, le contrôle des Chambres dispensant de toute autre condition.

Ces lettres de naturalisation ont seules la puissance de conférer aux étrangers le droit de siéger dans l'une ou l'autre des deux Chambres législatives. A ce titre, elles sont donc nécessaires à ceux même qui ont obtenu des lettres ordinaires de naturalisation.

(1) Voyez le s.-c. du 19 févr. 1808, bull. 181, n° des lois 3064, tom. 8, pag. 103, 4ᵉ sér.

avons à exposer avec quelques détails quelle est la position légale des Français devenus étrangers par un des modes indiqués plus haut. Il semblerait que cette position devrait être identiquement la même que celle des autres étrangers; toutefois il n'en a jamais été ainsi. Sous le Code civil, ces étrangers ci-devant français pouvaient, dans les cas ordinaires, recouvrer la qualité de Français plus facilement que les autres étrangers ne pouvaient l'acquérir (V. art. 18). Seulement cette faveur particulière était refusée à ceux qui, sans autorisation du chef de l'Etat, avaient pris du service militaire à l'étranger, ou s'étaient affiliés à une corporation militaire étrangère (V. art. 21). Mais nous avons déjà dit quelques mots de deux décrets impériaux (l'un du 6 avril 1809, l'autre du 26 août 1811) qui ont modifié grandement la législation à cet égard. Nous devons faire connaître ces modifications, puis examiner si les décrets qui les ont introduites ont conservé quelque force législative.

I. Occupons-nous d'abord du décret du 6 avril 1809, dont M. Proudhon, par une prétérition assez singulière, ne dit pas un seul mot.

Ce décret (dans son titre 2) traite *du devoir des Français qui sont chez une nation étrangère, lorsque la guerre éclate entre la France et cette nation.* Pour ne pas compliquer cette matière, nous ne dirons rien de la partie du décret (titre 3) où l'Empereur annonce que les mêmes devoirs pourront résulter de décrets spéciaux même en l'absence de toute déclaration de guerre.

Aux termes de l'article 6, les Français qui sont au service militaire d'une puissance étrangère sont tenus de le quitter lorsque des hostilités éclatent entre la France et cette puissance étrangère; de rentrer sur le territoire français, et *de justifier de leur retour* dans les trois mois, à compter du jour des premières hostilités. La sanction de ces dispositions impératives se trouve dans l'art. 19; le contrevenant est réputé avoir porté les armes contre la France, et puni de mort, avec confiscation des biens. Les Français qui ont des fonctions politiques administratives ou judiciaires chez l'étranger, sont tenus de rentrer en France dans le même délai. Faute de ce, ils

sont *déclarés morts civilement*, et on prononce contre eux la peine de la confiscation (art. 20 et 22). Enfin les contrevenants au décret sont déclarés justiciables des Cours spéciales.

En résumé, le décret modifie le Code d'instruction criminelle qui venait d'être voté, en ce qu'il rend les Cours spéciales compétentes dans des cas non prévus par ce Code. Il modifie le Code pénal du 25 sept.-6 oct. 1791, d'abord en ce qu'il punit un fait que ce Code n'avait pas défendu, savoir, le fait de n'être pas rentré en France après une déclaration de guerre; ensuite, en ce qu'il crée des peines nouvelles : celle de la confiscation des biens, et celle de la mort civile prononcée principalement, et ne se rattachant pas à condamnation à la mort naturelle, seule peine qui emportât la mort civile à cette époque.

Tel était l'état des choses, lorsque parut, l'année suivante, le Code pénal de 1810. Ce Code, dans lequel se trouve refondue la législation pénale ancienne, abroge les lois rendues antérieurement sur les matières qui y sont réglées (V. art. 484) La confiscation s'y trouve rétablie (art. 7), non comme peine principale, mais seulement comme l'accessoire obligé de certaines peines afflictives, dans les cas déterminés par la loi. Enfin ce Code, qui consacre une section très-détaillée aux *crimes contre la sûreté extérieure de l'Etat*, ne punit pas le fait d'être demeuré chez une nation avec laquelle la France était en guerre.

On n'a peut-être pas fait assez d'attention, en ce qui touche la validité actuelle du décret de 1809, à cette date du Code pénal. Certes, quelle que soit l'autorité que l'on veuille donner aux décrets impériaux, il est impossible que l'on fasse abstraction des lois proprement dites qui leur sont postérieures. Il faut bien nécessairement reconnaître que le Code pénal se trouve seul applicable en matière de *crimes contre la sûreté extérieure de l'Etat*, et que le décret de 1809 ne peut désormais subsister que dans la partie relative à la compétence et à la procédure, c'est-à-dire en tant qu'il modifiait les règles tracées par le Code d'instruction criminelle de 1808.

Cette idée qui, au premier coup-d'œil, paraîtrait contredite par la rédaction assez obscure du décret du 26 août 1811, se trouve confirmée par une lecture attentive de ce décret. En effet une des dispositions les plus importantes du décret de 1809 consistait dans la définition du fait d'avoir porté les armes contre la France. Or le décret de 1811 contient de ce fait une définition nouvelle conçue en ces termes : « Ceux qui étant entrés au service d'une puissance étrangère, y sont demeurés après la guerre déclarée entre la France et cette puissance, sont considérés comme ayant porté les armes contre la France, par cela seul qu'ils auront continué à faire partie d'un corps militaire destiné à agir contre l'Empire français et ses alliés (art 27). »

On peut dire que cette définition nouvelle est d'une très-grande indulgence. Il y a loin de là à la définition du décret de 1809. D'après le premier décret, le fait d'avoir été au service militaire de l'étranger lors d'un décret de rappel, et de n'être pas rentré en France dans un certain délai, est puni de mort; d'après le second, il faut *être resté au service militaire de l'ennemi*, et cette circonstance même ne suffit pas, il faut être resté *dans un corps destiné à agir contre la France*.

Enfin les art. 5 et 13 du décret qui punissent le fait d'avoir porté les armes contre la France se réfèrent uniquement au Code pénal. L'article 27 que nous venons de citer suppose même en termes exprès que le décret du 6 avril 1809 est en partie *abrogé* ou *modifié;* donc, en ce qui touche l'application de la peine de mort, il ne peut plus être question du décret de 1809.

Mais nous allons plus loin, et nous disons que le décret de 1811 ne suppose pas maintenue la portion du décret de 1809, qui frappait de mort civile et de la confiscation des biens, le Français fonctionnaire civil en pays étranger et *non rentré en France après la déclaration de guerre*. Cherchons d'abord à bien comprendre la pensée dominante du décret de 1811.

En 1809 l'Empereur paraît préoccupé du désir de voir revenir les Français qui, avec ou sans autorisation, ont accepté des fonctions à l'étranger, et ceux même qui s'y sont fait naturaliser. Cette pensée

se manifeste dans le décret du 24 avril 1810, portant amnistie conditionnelle au profit des Français qui ont porté les armes contre la France au service des puissances continentales ; dans les décrets des 9 décembre 1810, 15 juillet et 16 août 1811, qui prorogent les délais accordés par ce décret d'amnistie.

Le décret du 26 août 1811 révèle des intentions tout à fait contraires, et semble fait pour empêcher la rentrée en France des mêmes personnes. Le décret punit le Français naturalisé sans autorisation qui reparaît sur le territoire français (art. 11). Celui qui sans autorisation a accepté du service à l'étranger est assimilé à celui qui est naturalisé sans autorisation (art. 25). Celui-là même qui a été autorisé ne peut entrer en France qu'avec la permission spéciale de l'Empereur (art. 21). Si la guerre éclate, le Français doit quitter le service étranger, mais on ne lui impose pas le devoir de revenir (art. 18) ; il semble même qu'il ne pourrait le faire qu'avec une permission spéciale.

Par là se trouve justifiée la proposition que nous avons émise, savoir que le décret de 1809 avait été abrogé par le Code pénal de 1810, quant à ses dispositions qui statuent sur la pénalité. Mais, nous le répétons, sous le rapport de la compétence et de la procédure, il est resté en vigueur jusqu'à la Charte de 1814 qui abolit les Cours spéciales.

Avant d'en finir avec ce décret, nous dirons quelques mots d'un argument qu'on a tiré de l'ordonnance du 10 avril 1823, relative aux Français qui feraient partie des corps militaires destinés à agir en Espagne contre les troupes françaises. Dans cette ordonnance, le Gouvernement de la Restauration exhume, il est vrai, le décret de 1809 qu'il juge propre à jeter quelque terreur dans l'esprit des rebelles. Mais, en définitive, cette ordonnance se borne à ordonner des poursuites contre ceux qui continueraient à faire partie des corps militaires destinés à agir en Espagne contre les troupes françaises et leurs alliés. Elle ne fait que copier les termes de l'art. 27 du décret de 1811, qui définit d'une manière assez conforme aux principes généraux du droit criminel le fait d'avoir porté les armes

contre la France ; elle ne s'occupe en aucune façon des Français qui n'ont point de service militaire en Espagne. En outre, en ce qui touche les militaires, elle ne prononce aucune peine contre la simple désobéissance à l'ordre qui leur est donné de rentrer en France.

II. Nous avons à étudier maintenant le décret du 26 août 1811. Dans ce décret, l'Empereur crée un crime nouveau, c'est le fait de la naturalisation acquise en pays étranger, ou de l'entrée au service d'une puissance étrangère sans autorisation de l'Empereur. Le Code civil considérait ces faits comme licites, et entraînant seulement la perte de la qualité de Français. Dorénavant ils emportent la peine de la confiscation des biens (art. 6) ; en outre le décret prononce la privation des droits civils en France (art. 7) ; mais il est évident que plus ces peines sont rigoureuses, moins nous devons être disposés à en aggraver la rigueur par voie d'interprétation. Or le décret ne dit nulle part ce que certains jurisconsultes lui ont fait dire, que les individus dont il s'agit sont frappés de *mort civile*. Il ne fait que se conformer parfaitement au Code civil, en déclarant que la perte de la qualité de Français entraîne la privation des droits civils, et notamment la déchéance du droit de succéder. (V. l'art. 6 du décret, Comp. C. civ., liv. 1er, chap. 2, et art. 726.)

On argumente inutilement en sens contraire, de ce que l'article 9 du décret déclare que les droits de la femme sont réglés comme en cas de viduité. En effet cet article 9 est relatif à la matière toute exceptionnelle des majorats.

Disons donc que la seule peine extra-légale portée par le décret de 1811 est celle de la confiscation, tandis que le décret de 1810 prononçait cumulativement les peines de la confiscation et de la mort civile, contre les Français qui n'étaient pas rentrés en France dans les délais prescrits.

Chose bien remarquable, le décret de 1811 a innové dans le sens de l'indulgence en traitant certains Français, devenus étrangers, d'une manière plus favorable que ne le faisait le Code civil. D'après le Code, le Français naturalisé en pays étranger était dans la position d'un étranger ordinaire, tant qu'il ne voulait pas

redevenir Français. D'après le décret (art. 3), le Français naturalisé avec autorisation conserve certains droits dont les étrangers sont privés d'après le Code, notamment le droit de succéder. Ses enfants nés depuis la naturalisation peuvent aussi recueillir les successions, et exercer tous les droits ouverts pendant leur minorité et dans les dix ans qui suivent leur majorité accomplie (art. 4). Enfin le décret paraît reconnaître à l'Empereur le droit de relever le Français qui a pris du service militaire à l'étranger, de toutes les déchéances que celui-ci a encourues (art. 12 et 25). Sous ce rapport le décret déroge à l'art. 21 du Code civil, d'après lequel le ci-devant Français dont il s'agit ne pouvait recouvrer la qualité de Français qu'en remplissant les conditions imposées à l'étranger pour devenir citoyen, c'est-à-dire, en se soumettant à un stage de dix années de résidence en France.

La Charte de 1814 en abolissant la confiscation (art. 66, et Ch. de 1830, art. 57) supprima, par là même, la seule pénalité nouvelle que nous ayons reconnue dans le décret de 1811. Dès-lors on peut, je crois, sans examiner la question si controversable et si longtemps controversée de la force obligatoire des décrets impériaux, décider que le système de rigueur introduit par ces décrets se trouve entièrement abrogé par la Charte. Resterait dans le décret de 1811, la partie qui déroge au Code civil en conservant certains droits civils aux Français naturalisés à l'étranger avec autorisation. Mais sur ce point même le décret est devenu complètement inutile depuis la loi du 14 juillet 1819; car tous les droits concédés par le décret à ces Français naturalisés, savoir les droits de transmettre et de succéder, appartiennent aujourd'hui à tous les étrangers.

La seule disposition des décrets qui nous paraîtrait subsister encore, serait l'art. 12 du décret de 1811, qui autorise le Gouvernement à relever immédiatement de la perte de la qualité de Français celui qui aurait pris du service militaire à l'étranger. Par là se trouverait modifié l'art. 21 du Code civil. Nous n'entendons point parler de la partie réglementaire du décret, c'est-à-dire de celle qui est relative aux formes à suivre pour obtenir l'autorisation d'accepter du service en pays étranger.

Ainsi restreinte, la question de la légalité des décrets peut encore être débattue. Nous n'entrerons pas sur ce point dans une discussion approfondie. Pour soutenir la validité des décrets impériaux qui renferment des dispositions législatives, on dit que sous l'empire de la Constitution de l'an VIII, le Tribunat avait le droit d'attaquer les actes du Gouvernement pour cause d'inconstitutionalité (Const. de l'an VIII, art. 21). La Constitution ne fixant aucun délai, on devait par voie d'analogie appliquer la disposition qui limitait à deux jours le droit également conféré au Tribunat, d'attaquer pour cause d'inconstitutionalité les décrets du Corps législatif. Dès-lors, dit-on, les décrets du Gouvernement contre lesquels le Tribunat s'est abstenu de réclamer (et en fait il n'a réclamé contre aucun d'eux), sont devenus inattaquables et ont acquis force de loi.

La jurisprudence paraît avoir adopté cette opinion d'une utilité éminemment pratique ; l'ensemble des décrets impériaux renfermant des dispositions très-sages dont la suppression aurait laissé de fâcheuses lacunes.

Dans l'opinion contraire, on fait remarquer que l'on ne peut renfermer le droit du Tribunat dans les limites d'un délai qui n'était point fixé par la Constitution, et qu'en tout cas, la garantie qu'offrait ce droit constitutionnel de réclamation avait disparu par la suppression du Tribunat, résultant du S.-c. du 19 août 1807.

On a enfin, relativement aux deux décrets de 1809 et de 1811, proposé un moyen terme, qui consisterait à adopter la première opinion, mais avec le tempérament suivant. On déciderait que les décrets impériaux non annulés à l'époque de la Charte de 1814 ont été maintenus par l'art. 68 de la Charte. Mais on considérerait le Sénatus-Consulte du 3 avril 1814, comme annulant virtuellement les décrets portant peine de mort, en comprenant dans cette expression la mort civile aussi bien que la mort naturelle. En effet, ce Sénatus-Consulte qui prononce la déchéance de Napoléon motive cette déchéance, entre autres griefs, sur l'émission de décrets inconstitutionnels emportant peine de mort. Cette opinion mitoyenne

est très-favorable et peut être raisonnablement adoptée, si l'on pense, contrairement à notre opinion, que la mort civile était conservée comme principale après le décret du 26 août 1811. Ce même système laisserait subsister la partie du décret qui modifie dans le sens de l'indulgence l'article 21 du Code civil. (V. à cet égard une dissertation de M. Demante, *Revue française et étrangère de législation*, etc., tom. VII, pag. 417.)

CHAPITRE XII.

De l'incolat.

L'origine et la naturalisation donnent les droits de cité; le domicile donne ceux d'incolat. *Cives quidem origo, allectio, vel adoptio; incolas verò domicilium facit* (1).

Incola est, qui aliquâ regione domicilium suum contulit (2); c'est le nouveau domicilié qui, à raison de son établissement, supporte sa part des charges publiques : *advena est quem Graeci domo profugum appellant* (3); c'est l'étranger non établi.

Le français qui, sans autorisation du Gouvernement, aurait pris du service militaire à l'étranger, ne peut rentrer en France qu'avec l'autorisation du Roi,

---

(1) L. 7, Cod. *de incolis*, lib. 10, tit. 39.
(2) L. 239, § 2, ff *de verb. signif.*, lib. 50, tit. 16.
(3) D. L. 239, § 4.

ni recouvrer la qualité de français qu'après dix années d'habitation depuis sa rentrée en France : quel est son état personnel pendant ces dix ans de stage politique? (*a*)

Il existe, en France, des milliers d'individus étrangers de naissance, qui y viennent de toutes les parties de l'Europe, pour se perfectionner dans leurs arts ou métiers, et finissent par s'y établir à perpétuelle demeure, sans autorisation du Gouvernement; il en existe des milliers que le sort de la guerre y a amenés, comme prisonniers, ou autrement, que la douceur du climat y fixe, et qui s'y établissent sans esprit de retour, mais sans autorisation spéciale du Roi; quel est leur état personnel? Telle est la question que nous nous proposons d'examiner ici.

Pour résoudre cette question aussi importante que difficile, rappelons une vérité déjà énoncée dans un chapitre précédent, c'est qu'on ne conçoit que deux manières de distinguer à quelle nation un individu appartient; ou par l'appel nominal des membres qui composent les diverses associations civiles; ou par la fixation du domicile que l'homme a choisi dans le territoire de l'une, plutôt que dans celui de l'autre; mais l'appel nominal ne se présente pas plutôt à la pensée

(*a*) Nous avons dit plus haut que nous penchions à admettre que le Roi peut maintenant, en vertu du décret du 26 août 1811, relever immédiatement de la perte de la qualité de Français celui qui a pris du service militaire à l'étranger.

qu'elle s'en effraie et le repousse, comme impossible dans son exécution; reste donc le domicile pour seul moyen de faire cette distinction (*a*).

C'est par la fixation de son domicile que l'homme attache les habitudes de sa vie à un lieu plutôt qu'à un autre; c'est aussi par la fixation de son domicile qu'il supporte les charges publiques et confère sa mise en société dans un lieu plutôt que dans un autre : c'est donc là la véritable, comme c'est la seule marque distinctive de son association civile.

Dans le fait, on peut trouver plus ou moins de doute, sur la question de savoir si un homme qui a quitté un pays étranger pour venir s'établir en France, a réellement acquis, dans le Royaume, un véritable domicile à perpétuelle demeure, ou s'il n'y a pris qu'une résidence momentanée; mais à supposer qu'il soit constant qu'il ait abdiqué pour toujours sa patrie natale, et qu'il se soit établi en France, sans conserver aucun esprit de retour pour son pays d'origine, il n'est plus possible, dans le droit, de l'assimiler entièrement à l'étranger qui n'existe qu'accidentellement et comme voyageur dans le Royaume.

(*a*) L'argument de M. Proudhon consiste à dire que l'on serait réduit à l'impossible si l'on ne déterminait pas la nationalité par le domicile. Mais notre auteur va lui-même reconnaître que cette impossibilité n'existe pas, puisqu'en réglant par la loi française l'état de l'étranger domicilié en France, il lui refusera néanmoins certains droits civils qu'il attribuera exclusivement aux Français.

Le français qui s'est établi en pays étranger, sans esprit de retour, est déchu de la qualité de français, parce qu'on ne peut tenir à un pacte social auquel on a renoncé, et dont on a, pour toujours, abdiqué tous les devoirs et toutes les charges : par la même raison, l'habitant de la Russie qui a quitté son pays, pour n'y plus retourner, et qui s'est établi en France à perpétuelle demeure, ne peut plus être considéré comme russe; autrement, s'il s'était échappé de l'esclavage, il serait encore serf dans le pays de la liberté.

Pour avoir changé de pays, cet étranger d'origine ne peut être considéré comme n'ayant plus de patrie, puisqu'il n'a voulu quitter l'une que pour acquérir l'autre; il ne peut être placé hors de toutes les lois; il ne doit point être traité comme un mort civilement (*a*); il faut donc que sa personne, comme ses actions, soient subordonnées à une législation quelconque : or, il est évident que les lois de la Russie lui sont devenues étrangères, puisqu'il ne fait plus partie du corps pour lequel elles sont portées, et qu'elles ne pourront plus jamais l'atteindre dans son domicile en France; d'où il reste démontré que les qualités de

---

(*a*) Il est évident que dans aucune opinion l'individu dont il s'agit ne sera traité comme un mort civilement, mais bien comme un étranger dont on ne connaîtrait pas le pays; il aura toujours la faculté de se marier, il pourra déposer en justice sous la foi du serment, il pourra se défendre en justice par lui-même; et depuis la loi du 14 juillet 1819, il pourra succéder et recevoir des donations et des legs.

sa personne doivent être désormais régies par les lois françaises, comme ses actions seront soumises à ces mêmes lois.

Il résulte de là que si cet étranger d'origine établi en France, sans esprit de retour, a vingt-un ans accomplis, il doit être considéré comme majeur, lors même que dans son pays natal, la majorité ne serait acquise qu'à un âge plus avancé; que s'il se marie en France, il aura l'autorité maritale sur son épouse; que s'il y devient père légitime, il aura la puissance paternelle sur ses enfants; que s'il y a des enfants nés hors le mariage, il aura la faculté de les reconnaître; que si, en se mariant, il s'est imposé un joug insupportable, il aura le droit d'invoquer nos lois sur le divorce, comme tous les français, nonobstant toutes dispositions contraires de la législation de son pays d'origine (*a*).

Il n'est donc plus étranger proprement dit, et dans toute l'étendue de l'expression, puisque son état personnel est celui d'un français : aussi la loi ne le rend

---

(*a*) Nous admettons pleinement la théorie de l'auteur; en effet, nous ne voyons aucun inconvénient à déterminer par la loi française l'état de l'étranger qui s'est établi en France sans esprit de retour. On rendra ainsi plus simple et plus facile la solution des questions diverses qui pourront l'intéresser.

Le dernier exemple donné par l'auteur ne peut plus être invoqué depuis la loi abolitive du divorce. (8 mai 1816.)

plus passible de la contrainte par corps, comme les étrangers ordinaires (1) (*a*).

Mais quoique l'état de sa personne soit indivisible en ce sens qu'un individu ne peut être russe et français tout à la fois, comme un enfant ne peut avoir deux mères, les prérogatives attachées à son état civil sont susceptibles de plus ou de moins, parce que la loi ne doit pas les mêmes avantages à toutes les classes d'hommes qu'elle régit : il peut donc jouir d'une partie des droits civils, sans les avoir tous (*b*).

(*a*) La solution de l'auteur, en ce qui touche l'application de la contrainte par corps, nous paraît très-douteuse. Qu'on fixe par la loi française l'état et la capacité de l'étranger qui s'est établi en France à perpétuelle demeure, sans autorisation, rien de mieux. Mais il nous paraît difficile, en présence des textes précis de la législation, de dispenser un étranger de la contrainte par corps.

L'auteur paraît fonder sa solution sur le mot *non domicilié*, qui se trouve dans la loi de 1807, à laquelle du reste il n'a été fait aucun changement sur ce point par la loi du 17 avril 1832. Mais on peut objecter que cette loi se réfère au domicile légalement acquis aux termes de l'art. 13 du Code.

Toutefois il faut avouer que l'opinion de l'auteur est très-favorable. Les rigueurs que la loi déploie contre les étrangers, en matière de contrainte par corps, s'expliquent par la crainte de voir l'étranger se soustraire facilement aux poursuites de ses créanciers en quittant la France; ce qui n'est guère à craindre de la part de celui qui a perdu tout esprit de retour dans son pays.

(*b*) L'auteur dit qu'une même personne ne peut avoir deux

(1) Voy. la loi du 10 décemb. 1807, que nous avons déjà citée.

Le Code civil veut que « l'étranger qui aura été » admis, par l'*autorisation* du Roi, à établir son » domicile en France, y jouisse *de tous les droits* » *civils,* tant qu'il continuera d'y résider. » (Art. 13 C. c.) Cet étranger d'origine ne jouira pas de *tous les droits civils en France*, puisqu'il s'y est établi sans l'*autorisation* du Roi; néanmoins il ne résulte pas de là qu'il ne doive jouir d'aucun droit civil parmi nous, parce qu'il y a bien de la distance entre une jouissance entière, et une privation totale : la loi ne le prive donc pas de tous les droits, par cela seul qu'elle ne les lui accorde pas tous : c'est pourquoi nous soutenons que les droits purement personnels, pour le réglement de ses qualités et de son état, lui sont acquis.

Il n'en est pas de même de tout ce qui est relatif à la successibilité et au droit d'aubaine, et qui intéresse le fisc ou des tiers : ici l'étranger qui n'a pour lui que l'avantage de son domicile, n'est plus comparable au français d'origine; il n'a pas l'exercice des droits civils de cette espèce, parce que le Roi n'ayant pas consenti

---

patries. Remarquons cependant que les lois des nations européennes pouvant être différentes sur la détermination de la nationalité, il en résulte qu'un même individu peut être, sous un certain rapport, sujet de deux pays. Ainsi toute personne qui naît en Angleterre est anglaise, comme autrefois tout individu né en France était français. D'où il suit que l'enfant né sur le sol anglais d'un français est français d'après la législation de la France, et anglais d'après celle de l'Angleterre.

à son établissement, n'a renoncé ni pour l'intérêt du fisc, ni dans l'intérêt de ses autres sujets, aux droits qui peuvent leur appartenir au préjudice du nouveau domicilié.

Lorsqu'il ne s'agit que de fixer les qualités de l'homme, le fisc, ainsi que toute personne tierce, sont désintéressés dans cette question; et alors rien ne s'oppose plus à ce que l'individu réclame les droits personnels que la loi de son domicile attache à son âge, à son sexe, et au rang qu'il occupe dans la famille : mais quand il s'agit ou de disposer par testament, ou de recueillir une succession, au préjudice du fisc, ou des héritiers légitimes, l'étranger qui n'a pas été autorisé par le Roi à s'établir en France, n'est point relevé de son incapacité, puisqu'il n'a pas rempli la condition qui lui était imposée par la loi, pour acquérir l'exercice *de tous les droits civils* (*a*).

Quel est l'état des enfants de celui qui s'est ainsi établi en France sans autorisation du Roi, et qui ensuite s'y est marié? Sont-ils français d'origine? ont-ils tous les droits civils? sont-ils successibles?

D'une part, on peut dire que l'enfant ainsi né en France n'est point français de naissance, puisque, suivant l'article 9 du Code, tout individu né en France

(*a*) La question, en ce qui touche le droit de succéder et de recevoir par donation entre-vifs et par testament, n'offre plus d'intérêt depuis la loi du 14 juillet 1819.

d'un étranger, pourra seulement, *dans l'année qui suivra sa majorité*, réclamer la qualité de français; pourvu que, dans le cas où il résiderait en France, il déclare que *son intention est d'y fixer son domicile;* qu'ainsi il demeure étranger pendant toute sa minorité, puisque ce n'est qu'après sa majorité acquise, qu'il peut réclamer la qualité de français; et qu'il conservera la qualité d'étranger, et sera, toute sa vie, sujet aux conséquences qu'elle entraîne, s'il ne réclame celle de français dans l'année même qui suivra sa majorité, puisqu'il n'a que ce délai pour satisfaire à cette condition que la loi lui impose.

Nonobstant ces raisonnements, l'opinion contraire nous paraît plus juste et mieux fondée, par les raisons suivantes :

1° L'étranger d'origine, mais domicilié en France à perpétuelle demeure, n'est plus un étranger proprement dit, et dans toute l'étendue du terme, puisque son état personnel est l'état d'un français, ainsi que nous venons de l'établir; il n'y a donc point de nécessité d'appliquer à son enfant le texte rigoureux de l'article 13 du Code, puisqu'il peut être entendu, même plus naturellement, des enfants de l'étranger proprement dit, qui n'auraient pour eux que le simple fait de leur naissance arrivée sur le sol français.

2° Si les doutes qui peuvent naître du texte de la Constitution doivent être expliqués par le Code, les dispositions de l'acte constitutionnel, quand elles

sont claires et qu'elles n'ont été modifiées par aucun sénatus-consulte, doivent aussi nous diriger dans l'explication du Code, parce qu'il faut que la greffe s'adapte et croisse sur le tronc de l'arbre : or, suivant l'article 2 de la Constitution, tout homme né et résidant en France, qui, âgé de vingt-un ans accomplis, s'est fait inscrire sur le registre de son arrondissement communal, et qui est demeuré depuis, pendant un an, sur le territoire du Royaume, *est citoyen français ;* donc le fils d'un père quelconque, même étranger d'origine, mais domicilié en France, est citoyen de plein droit ; comme tout autre habitant du royaume, dès que, parvenu à sa majorité, il s'est fait inscrire au registre civique, puisqu'il a en sa faveur toutes les qualités et conditions requises par l'acte constitutionnel ; donc il est français d'origine, parce qu'il faut être français avant que d'être citoyen (*a*).

3° On conçoit qu'un enfant né en France d'un étranger y voyageant, n'est qu'un étranger lui-même, parce qu'il suit la condition de son père qui n'a point renoncé au pacte social de son pays, et que le père

---

(*a*) Cet argument prouve trop et par là même ne prouve rien. En effet, si l'on s'en tient à la Constitution, on devrait considérer comme Français tout homme né en France, ce qui serait anéantir l'art. 9 du Code civil. La Constitution était fondée sur l'ancien droit commun de la France abrogé par l'art. 9 qui, ainsi que nous l'avons déjà dit, détermine la nationalité, non par le lieu de la naissance, mais par l'origine et le rapport de filiation.

n'ayant changé ni de patrie ni de domicile, la pâtrie et le domicile natal du fils ne peuvent être qu'à l'étranger; mais on ne conçoit pas comment l'enfant de celui qui a, pour toujours, abdiqué sa patrie, pour s'établir à perpétuité en France, pourrait être l'enfant de cette ancienne patrie de son père, avec laquelle il ne peut avoir aucun point de contact : ce n'est pas par lui-même qu'il pourrait dépendre de l'association originelle de son père, puisqu'il est né en France et n'a jamais eu d'autre domicile : ce n'est pas par la médiation de son père que cette qualité aurait pu lui être transmise, puisque le père l'avait perdue lui-même quand son fils est né; on ne peut donc concevoir d'autre origine dans celui-ci, que l'origine française (*a*).

4° Celui qui est né en France de parents domiciliés dans le Royaume, est nécessairement né sujet du Roi, parce qu'il est impossible qu'il soit né sujet

---

(*a*) On pourrait répondre que l'état de l'enfant doit se déterminer par l'état du père; or le père est régi par la loi française relativement à son état et à sa capacité, et il est privé de certains droits; donc, pourrait-on dire, il en doit être de même du fils. Toutefois nous admettrons volontiers que l'art. 9 doit être restreint au cas où le père appartient à une autre nation, et où par conséquent l'enfant peut être censé vouloir conserver la patrie de son père. Si au contraire le père n'a plus de patrie, une présomption semblable ne pouvant s'appliquer, il sera raisonnable de déterminer l'état de l'enfant dont il s'agit, comme on déterminerait l'état de l'enfant né de père et mère inconnus, et par conséquent de le déclarer français.

d'un autre souverain. Il doit supporter en France sa part des charges publiques et personnelles, puisqu'il ne peut être personnellement imposable ailleurs; il doit donc participer aux enrôlements militaires destinés à la défense de l'Etat sous la protection duquel il vit : s'il ne pouvait devenir français qu'après sa majorité, il se trouverait exempt de la conscription dont le tirage se fait à dix-huit ans; on ne peut donc jusque-là le réputer étranger, sans un préjudice considérable pour le Gouvernement : mais en le soumettant à la conscription, comment pourrait-il être encore soumis à l'exercice du droit d'aubaine? Si ses père et mère étaient morts, le laissant en bas âge, et que le fisc s'emparant de leurs successions, l'eût exhérédé, comment pourrait-on lui dire ensuite, qu'il est obligé de prendre les armes pour défendre des propriétés dont on l'aurait privé? Et s'il avait été enrôlé avant de perdre les auteurs de ses jours, comment, après avoir payé sa dette à sa patrie, pourrait-elle lui refuser de recueillir l'héritage de son pere? (*a*)

(*a*) Ce raisonnement nous paraît être une pétition de principes; car si on déclare cet enfant étranger, il ne doit pas être soumis à la loi du recrutement.

Au reste la loi du 21 mars 1832 sur le recrutement de l'armée se borne à décider (art. 2) que tout individu *né en France de parents étrangers* est soumis aux obligations imposées par la loi, immédiatement après qu'il a été admis à jouir du bénéfice de l'art. 9 du Code civil.

Nous remarquerons incidemment que les jeunes gens ne sont plus, comme à l'époque où l'auteur écrivait, soumis à la loi du recrutement à l'âge de dix-huit ans, mais seulement à l'âge de vingt ans.

5° Si les enfants qui naissent ainsi en France étaient étrangers, il en serait de même de leurs enfants et petits-enfants jusqu'à l'infini ; mais y aurait-il de la justice à perpétuer ainsi, envers ceux qui supportent toutes les charges de l'Etat, ce vice originel, avec les incapacités qui en dérivent?

6° Enfin, jamais on n'a regardé en France les enfants des étrangers domiciliés, comme étrangers eux-mêmes; ils ont au contraire, dans tous les temps, été traités comme français d'origine, et admis, en cette qualité, à recueillir les successions de père et mère et autres parents (1); serait-ce sous le plus juste et le plus généreux des Gouvernements qu'on abrogerait la règle de jurisprudence la plus équitable? (*a*)

(*a*) I. Ce dernier argument prouverait trop, puisqu'autrefois on considérait comme Français tout enfant né en France, même d'un étranger qui se trouvait en France accidentellement.

Il est évident que l'article 9 consacre une innovation à cette an-

(1) Voyez dans Bacquet, Traité du droit d'aubaine, 4e partie, chap. 32, n° 3; — Brodeau sur Louet, lettre A, sommaire 16; — Lebrun, Traité des successions, liv. 1, chap. 2, section 4, n° 14; — le Dictionnaire de Brillon, au mot *aubain ;* — Domat, sur le droit public de France, tom. 2, pag. 47, n° 5; — Bannelier sur Davot, tom. 1, pag. 392, et tom. 3, pag. 747, édition in-4°; — le Supplément des œuvres de Henris, liv. 2, chap. 13, n° 7; — le Répertoire de jurisprudence, au mot *aubain*, tom. 1, pag. 722; — Bourgeon, du Droit commun de la France, liv. 1, tit. 7, sect. 2, n° 28, etc., etc.

CHAPITRE XIII.

Des Actes de l'état civil.

Les actes de l'état civil sont consignés sur des registres publics, et soumis à des règles générales, outre les formes spéciales requises pour chacun d'eux en particulier. Ces règles générales peuvent être envisagées sous quatre aspects différents, c'est-à-dire, en tant qu'elles sont relatives :

1° A l'état des registres;

2° Aux formes prescrites pour tous les actes qui y sont consignés;

3° A la manière de les suppléer ou rectifier;

4° A la responsabilité du fonctionnaire public auquel ils sont confiés (*a*).

---

cienne règle; il restait seulement à déterminer quelle est l'étendue de cette innovation.

II. L'auteur écrivait sous l'Empire, et il en aimait le chef. Les éloges qu'il donne au régime impérial sont incontestablement l'expression d'une opinion consciencieuse, qu'il ne nous appartient pas de critiquer et dont nous n'entendons pas non plus accepter la responsabilité. — Nous faisons cette remarque uniquement parce que, dans le cours de l'ouvrage, nous avons remplacé par des dénominations nouvelles les dénominations qui étaient propres au Gouvernement impérial.

(*a*) Il semblerait naturel d'indiquer d'abord quels sont les fonc-

SECTION Ire.

Forme et tenue des Registres.

Il doit y avoir pour chaque année, dans chaque commune, un ou plusieurs registres (art. 40 C. c.), pour y inscrire les actes de naissance, mariage, décès, [divorce], adoption et reconnaissance d'enfants naturels. Tous ces registres, à l'exception de celui des publications de mariage (art. 63 C. c.), doivent être tenus en double minute (art. 40 C. c.) (*a*).

Ces registres doivent être cotés et paraphés par le président du Tribunal d'arrondissement, ou le juge qui en fait les fonctions (art. 41 C. c.) (*b*).

---

tionnaires publics qui sont chargés de la tenue des registres. V. nos observations à la fin du chapitre, où nous indiquons les diverses modifications que la législation a subies à cet égard.

(*a*) I. Le danger de confier à des feuilles volantes des actes aussi importants que ceux de l'état civil, avait motivé la disposition de l'ordonnance de 1667 (tit. 20, art. 8), qui prescrivait la rédaction des actes sur des registres.

D'après la déclaration du 9 avril 1736, il n'était tenu qu'un registre tenu double. La loi du 20 septembre 1792 (tit. 2, art. 1er), établit trois registres tenus doubles (pour les naissances, mariages et décès). Aujourd'hui l'administration règle le nombre des registres d'après l'importance de chaque commune; l'art. 40 du Code lui laisse toute latitude à cet égard.

II. Depuis la loi du 8 mai 1816, il n'y a plus d'actes de divorce (V. la note *a* de la page 124).

(*b*) Cette disposition est reproduite de la déclaration du 9 avril 1736, et de la loi du 20 septembre 1792, tit. 2, art. 2.

Ils doivent être écrits de suite, sans aucun blanc; ils ne doivent contenir aucune abréviation, ni date exprimée en chiffres, ni ratures ou renvois sans être approuvés et signés comme le corps de l'acte. (Art. 42 C. c.)

Ils doivent être clos à la fin de chaque année, par l'officier de l'état civil, et déposés dans le mois, l'un au greffe du Tribunal, l'autre aux archives de la commune (art. 43 C. c.) (*a*).

Dans tous les cas où les parties intéressées ne sont

(*a*) D'après la déclaration de 1736, un des doubles restait entre les mains du curé; l'autre était apporté au greffe du Tribunal. Sous l'empire de la loi du 20 septembre 1792, un des doubles restait aux archives de la commune; l'autre était déposé aux archives administratives du département (aujourd'hui à la préfecture). Lors de la discussion du Code, quelques personnes demandaient qu'on maintînt ce dernier état de choses, quant au double qui ne reste pas aux archives de la commune. On se fondait sur ce que les maires sont agents de l'administration, et que d'ailleurs les registres de l'état civil sont des éléments indispensables pour la confection des statistiques que dresse périodiquement l'administration. Mais on a répondu que les actes de l'état civil devaient être placés sous la garde et à la disposition des magistrats, seuls juges des questions d'état et de toutes les rectifications demandées par les parties intéressées.

On accorde un mois de délai à l'officier de l'état civil, afin qu'il ait le temps de faire la table alphabétique prescrite par l'art. 8 du tit. 2 de la loi du 20 septembre 1792. Le décret du 20 juillet 1807 prescrit de nouveau la confection de cette table (art. 2).

Les greffiers des tribunaux de première instance sont chargés de faire des tables décennales.

point obligées de comparaître en personne à un acte de l'état civil, elles ne peuvent s'y faire représenter que par un fondé de procuration spéciale et authentique (art. 36 C. c.); et les procurations ou autres pièces qui doivent demeurer annexées aux actes civils, doivent être paraphées tant par l'officier de l'état civil, que par celui qui les aura produites, et envoyées au greffe du Tribunal avec le double du registre qui y est déposé annuellement (art. 44 C. c.) (*a*).

Ces registres tenus en bonne forme, font foi jusqu'à l'inscription de faux (*b*), et toute personne peut s'en

---

(*a*) La loi suppose qu'il est des cas où les parties intéressées sont obligées de comparaître en personne. Mais quels sont ces cas signalés par la loi comme exceptionnels?

Le Code n'en signale qu'un seul, aujourd'hui sans application. C'est celui où en vertu de l'arrêt qui a admis le divorce par consentement mutuel, les époux faisaient prononcer ce divorce par l'officier de l'état civil ; ils devaient se présenter devant cet officier, *ensemble et en personne*. En est-il de même en matière de célébration du mariage? La loi ne le dit pas. L'argument en sens contraire tiré de la lecture que l'officier de l'état civil doit faire aux époux (art. 75), paraît bien faible. Cependant, sauf les princes, on ne voit personne se marier par procureur.

(*b*) De quels faits les actes de l'état civil inscrits sur des registres, font-ils foi jusqu'à inscription de faux? Est-ce de tout ce qui y est relaté? Pour répondre à cette question, il faut considérer qu'un acte authentique, quel qu'il soit, tire son autorité de la confiance qu'inspire l'officier public chargé de constater certains faits. On ajoute foi à son témoignage; et ce qu'il déclare *avoir vu et*

faire délivrer des extraits, par celui qui en est le dépositaire (art. 45 C. c.), c'est-à-dire, soit par le

---

entendu est légalement présumé vrai. Celui qui attaque cette foi due à l'officier public, devra prendre la voie périlleuse de *l'inscription de faux*, qui entraîne des peines pécuniaires contre celui qui succombe dans cette attaque. Faisant application de ces principes, il faut dire que ce qui est attesté par l'officier de l'état civil *de visu et auditu*, comme la célébration du mariage, la présentation d'un enfant, son sexe, sa reconnaissance par un père naturel, etc., sera prouvé jusqu'à inscription de faux. Mais si l'officier public n'a constaté un fait que sur un ouï-dire; par exemple, si, dans un acte de naissance, il est déclaré que l'enfant est né de telle femme, cette circonstance ne sera pas tenue pour vraie jusqu'à inscription de faux. Il est sans doute constaté, par la déclaration de l'officier de l'état civil, que telles personnes sont venues lui faire une déclaration. Mais cette déclaration est-elle vraie? c'est ce qu'il lui est impossible de savoir et de constater.

Toutefois l'art. 319 du Code déclare expressément que *la filiation des enfants légitimes se prouve par les actes de naissance inscrits sur les registres de l'état civil.* D'Aguesseau disait à ce sujet : « Quelque douteuse que puisse être cette preuve (celle qui résulte de l'acte de naissance), tout sera encore plus douteux, si l'on ne l'admet pas. » L'acte fera donc foi de l'accouchement de la mère, par conséquent de la filiation, mais non pas *jusqu'à inscription de faux;* l'art. 319 ne dit rien de semblable, et nous voyons au contraire que le Code pénal punit, non comme *faux* proprement dit, mais comme *faux témoignage*, le fait de supposer un enfant à une femme qui n'est pas accouchée. (Comp. les art. 345 et 363 du C. pén. avec l'art. 147 *ibid.*) Disons donc que les actes de l'état civil ne font foi *jusqu'à inscription de faux*, que de ce que l'officier public atteste *de visu et auditu*, c'est-à-dire des faits dont il rend témoignage comme s'étant passés devant lui.

greffier du Tribunal, soit par l'officier de l'état civil, mais non par les secrétaires de mairie (1).

Lorsque la mention d'un acte relatif à l'état civil, doit avoir lieu en marge d'un autre acte porté au registre, elle doit être faite, à la demande des parties intéressées, par l'officier de l'état civil, sur le registre qui reste à la commune, et par le greffier du Tribunal, sur le registre déposé au greffe; à l'effet de quoi l'officier de l'état civil doit, dans les trois jours, en donner avis au procureur du Roi, pour veiller à ce que la mention soit uniforme sur les deux registres. (Art. 49 C. c.)

SECTION II.

Formes communes à tous les actes.

Les actes de l'état civil doivent énoncer l'année, le jour et l'heure où ils sont reçus, les noms, prénoms, âge, profession et domicile (art. 34 C. c.), tant des parties que des témoins qui sont choisis par elles pour y paraître, et qui doivent être mâles et majeurs, parents ou autres (art. 37 C. c.) (*a*).

(*a*) I. Ces indications sont bien précieuses pour le cas où l'acte de l'état civil est attaqué. On aura la facilité de vérifier si les faits ont pu se passer l'année, le jour et à l'heure indiqués, et en présence des témoins dénommés dans l'acte.

II. La loi exige que les témoins soient mâles, à la différence de

(1) Voyez l'avis du Conseil d'état, approuvé de S. M. le 2 juillet 1807, bull. 150, n° des lois 2554, tom. 6, pag. 301, 4e sér.

On ne peut insérer dans les actes que ce qui doit être déclaré par les comparants (art. 35 C. c.), en sorte qu'il ne serait point permis d'y énoncer qu'un enfant né hors le mariage appartient à un père non présent pour le reconnaître, puisque la recherche de la paternité non avouée n'est point admise (art. 340 C. c.); mais il en est autrement à l'égard de la mère, si elle est connue de ceux qui présentent l'enfant (art. 57, 60, 61 C. c.) (*a*).

Lecture avec mention, signature des parties, des témoins et de l'officier public (art. 38 C. c.), ou mention de la cause qui aurait empêché les parties ou les témoins de signer (art. 39 C. c.).

---

la loi de 1792, qui admettait des témoins de l'un et de l'autre sexe. On n'exige pas qu'ils soient citoyens comme en matière d'actes notariés (V. loi du 25 ventôse an 11, art. 9), ni même qu'ils soient français comme en matière de testaments (V. C. civ., art. 980), ni qu'ils sachent signer. La loi ne les exclut pas même à raison de la parenté qui les unit aux parties intéressées. On a voulu faciliter l'emploi des témoins dans des actes aussi indispensables, et qui, dans la plupart des cas, doivent être rédigés sans retard.

(*a*) La question de savoir si l'on doit indiquer le nom de la mère naturelle qui n'est pas présente, et ne reconnaît pas l'enfant, est une question vivement débattue. Nous adoptons l'opinion de l'auteur; et nous nous déterminons par cette considération, que la mention du nom de la mère dans l'acte de naissance pourra faciliter à l'enfant la recherche de son état. Mais, comme nous le verrons plus tard, cette mention ne suffira pas à elle seule pour servir de base à une action en réclamation d'état, au profit d'un individu qui n'a pas d'ailleurs la possession de cet état. (V. la fin de l'art. 341; Comp., art. 1347.)

Les actes civils rédigés en pays étranger, avec les formes usitées dans ce pays, font foi en France. (Art. 47 C. c.)

Il en est de même de tout acte civil d'un francais, rédigé à l'étranger dans les formes voulues par le Code civil, par-devant les agents diplomatiques ou les commissaires des relations commerciales du royaume (Art. 48 C. c.) (*a*).

(*a*) I. Les commissaires des relations commerciales ont repris le nom de *consuls* qu'ils portaient avant la Constitution de l'an VIII, et qu'on avait jugé convenable de supprimer depuis cette dernière époque, afin de ne pas désigner des agents secondaires par le nom que portaient les premiers magistrats de la République. L'auteur a conservé la dénomination de *commissaires des relations commerciales*, en substituant le mot *Empire* au mot *République*; et cependant il écrivait depuis la seconde édition du Code, celle de 1807, où se trouve, comme dans l'édition actuelle, la dénomination de *consuls*, qui avait été rétablie à l'époque où le gouvernement impérial fut substitué au gouvernement consulaire.

II. Une question grave s'est élevée au sujet des mariages contractés hors de France entre un Français et une étrangère, ou entre un étranger et une française. Les agents diplomatiques et les consuls sont-ils compétents pour célébrer à l'étranger ces sortes de mariages? Oui, a-t-on dit, car le mariage est valablement célébré par l'officier public du domicile de l'une des parties (V. art. 165). Or l'agent diplomatique ou le consul tiennent la place de l'officier civil du domicile du Français. Mais on a répondu que l'art. 165 suppose un officier de l'état civil recevant de la puissance publique qui l'institue, la compétence dont il est question à l'égard des deux parties; tandis que les agents diplomatiques et les consuls ne peuvent être compétents pour marier un étranger à l'égard duquel ils ne sont

SECTION III.

Manière de rectifier ou suppléer les actes de l'état civil.

Lorsqu'il est prouvé qu'il n'y a point eu de registres publics dans le lieu, ou qu'ils ont été perdus, il est permis d'y suppléer par toutes sortes de preuves légales, même par témoins (art. 46 C. c.) (*a*).

---

pas officiers de l'état civil. Aussi l'article 48 qui s'occupe de la compétence des consuls et des agents diplomatiques, ne parle-t-il que des actes *de l'état civil des Français*, tandis que l'art. 47 valide tous les actes faits devant les officiers publics étrangers entre *Français et étrangers*. C'est par application de ce principe qu'un célèbre arrêt de cassation du 10 août 1819, vulgairement appelé *arrêt Summaripa*, a reconnu la nullité d'un mariage contracté en 1793, à Constantinople, devant un consul, entre un Français et une femme sujette du Grand Seigneur.

(*a*) Les rédacteurs du Code ont reproduit sur ce point les dispositions de l'ordonnance de 1667. Il faut évidemment comprendre ici le cas où les registres ont été tenus sans aucun ordre, et ne renferment qu'un assemblage d'actes évidemment inscrits après coup par l'officier de l'état civil, et suivant les indications que sa mémoire peut lui avoir fournies ; ce ne serait pas là des registres offrant les garanties légales, et ces irrégularités nombreuses, comme l'absence totale de registres, pourraient rendre vraisemblable le défaut de constatation du fait qu'on voudrait prouver.

En ce qui concerne la perte des registres, peu importerait qu'elle ne fût que partielle. Il suffirait qu'elle portât sur la partie du registre où devraient se trouver, à leur ordre de dates, les actes dont il s'agit. On peut consulter à ce sujet l'art. 5 de la loi du 13 février 1817 qui, en renvoyant à l'art. 46 du Code civil, suppose qu'il

Les rectifications des actes de l'état civil ne peuvent être faites qu'en vertu de jugement rendu par le Tribunal d'arrondissement, sauf l'appel (art. 99 C. c.) : on ne peut y procéder que sur la demande des parties intéressées, le procureur du Roi entendu, et aucun jugement de cette espèce ne peut être opposé à celui qui ne l'aurait pas requis, ou qui n'y aurait pas été légalement appelé (Art. 100 C. c.) (*a*).

On doit procéder de même lorsqu'il s'agit de réparer l'omission d'un acte sur les registres, pour la rédaction duquel on n'aurait fait à l'officier de l'état civil qu'une déclaration tardive, après l'écoulement des délais prescrits par la loi (1).

---

n'y a pas eu de registres, ou qu'ils ont été perdus en tout ou en partie, ou que leur tenue a éprouvé des interruptions.

Si les réclamants alléguaient qu'on a *omis* d'inscrire l'acte sur les registres régulièrement tenus et conservés intacts, l'art. 46 serait inapplicable.

(*a*) Depuis le Code civil, un Décret a donné au ministère public le droit de requérir d'office la rectification des actes dans deux cas : 1° pour en faire retrancher ce qui serait contraire à l'ordre public ; 2° lorsque les actes intéressent des familles trop pauvres pour faire les frais nécessaires à une rectification (V. Avis du Conseil d'Etat du 12 brumaire an XI ; ajoutez-y le décret du 18 juin 1811, relatif au recouvrement des frais, et la loi du 25 mars 1817, art. 75). Sur les demandes en rectification des actes de l'état civil en général, on peut consulter le Code de procédure (C. pr., art. 855 à 858) qui complète les dispositions du Code civil sur ce point.

(1) Voyez l'avis du Conseil d'état du 12 brumaire an 10, bull. 225, n° des lois 2067, tom. 7, pag. 93, 3e sér.

Il n'est permis de prendre pour prénoms que les noms renfermés dans les différents calendriers, et ceux des personnages connus de l'histoire ancienne, en sorte que toute personne qui porterait un autre prénom est recevable à en demander le changement; mais il faut qu'elle obtienne pour cela un jugement du Tribunal d'arrondissement, prescrivant la rectification de l'acte de l'état civil. Ce jugement est rendu, d'après les conclusions du procureur du Roi, sur simple requête présentée par celui qui demande le changement, s'il est majeur ou émancipé, et par ses père et mère ou tuteur, s'il est mineur.

Mais s'il s'agissait de changer de nom, le changement ne pourrait être effectué qu'en vertu d'une ordonnance du Roi rendue dans la forme prescrite pour les règlements d'administration publique (1).

Les jugements portant rectification doivent être inscrits sur les registres de l'état civil, et il doit aussi en être fait mention en marge des actes rectifiés ou réformés (art. 101 C. c.); et lorsqu'il est délivré une expédition de l'acte rectifié, le fonctionnaire qui la délivre doit y comprendre une mention expresse de la rectification, par le jugement porté au registre (2).

---

(1) Voyez les art. 2 et 3 de la loi du 11 germinal an 11, bull. 267, n° des lois 2614, tom. 8, pag. 83, 3e sér.

(2) Voyez l'avis du Conseil d'état du 4 mars 1808, bull. 184, n° des lois 3173, tom. 8, pag. 137, 4e sér.

SECTION IV.

Responsabilité de l'officier civil.

Les procureurs du Roi près les Tribunaux de première instance doivent annuellement vérifier l'état des registres qui y sont déposés, en dresser procès-verbal, dénoncer les contraventions commises par les officiers publics, et requérir contre eux la condamnation aux peines et amendes prononcées par la loi (art. 53 C. c.); mais il faut remarquer que les procureurs du Roi n'ont ici la voie d'action que dans le seul intérêt de la loi, pour poursuivre simplement les contraventions commises dans la tenue des registres, et non pas pour demander la correction des actes y renfermés. Il n'appartient qu'aux seules parties intéressées d'ouvrir une action en rectification des actes de l'état civil, comme nous l'avons dit au chapitre précédent; à la vérité les procureurs du Roi doivent conclure sur les demandes de cette espèce, mais leur ministère ne les autoriserait pas à les former elles-mêmes (1) (*a*).

1° Toute contravention aux règles énoncées dans les sections 1 et 2 du présent chapitre, sur la tenue des registres et la forme des actes qui y sont inscrits, est

---

(*a*) Nous avons vu deux cas où le ministère public peut provoquer la rectification des actes de l'état civil. (V. note *a*, p. 212.)

(1) Voyez l'avis du Conseil d'état du 13 nivôse an 10, bull. 225, nº des lois 2058, tom. 7, pag. 81, 3e sér.

punie d'une amende qui ne peut excéder 100 francs. (Art. 50 C. c.)

2° Tout officier civil qui aurait passé outre à la célébration d'un mariage, au préjudice d'une opposition subsistante, avant qu'on lui en eût remis l'acte en main-levée, doit être condamné à 300 francs d'amende et à tous dommages-intérêts. (Art. 68 C. c.) (*a*).

3° Celui qui a procédé à la célébration du mariage d'un mineur, sans le consentement des père et mère ou aïeuls, ou de la famille dans les cas où il est requis, doit être condamné à une amende qui ne peut excéder 300 francs, et en outre à un emprisonnement qui ne peut être moindre de six mois. (Art. 156, 192 C. c.) (*b*).

(*a*) Nous aurons à examiner au titre du mariage si l'officier de l'état civil peut être puni, lorsqu'il procède à la célébration du mariage au mépris d'une opposition formée par une personne qui n'a pas légalement qualité pour la former. (Comp., art. 172 à 176.)

(*b*) Aux termes de l'article 156, l'officier de l'état civil est puni, non-seulement dans le cas où il n'a pas eu consentement des ascendants ou de la famille, mais encore dans le cas où le consentement ayant été donné, l'officier de l'état civil a négligé de le mentionner dans l'acte de célébration. En effet, par cette omission, il a pu gravement compromettre l'état des époux.

Au reste l'art. 193 du Code pénal décide que si l'officier de l'état civil ne s'est pas assuré de l'existence du consentement des père, mère ou autres personnes, lorsque ce consentement est prescrit par

4° Celui qui aura célébré le mariage d'un majeur, mais sans actes respectueux, dans les cas où ils sont requis, à l'égard des enfants légitimes, doit être condamné à pareille amende, et à un emprisonnement qui ne peut être moindre d'un mois. (Art. 157 C. c.)

5° Si le mariage n'a pas été précédé des publications prescrites, ou si les intervalles dans les publications et célébration n'ont point été observés, l'officier civil est passible d'une amende qui ne peut excéder 300 francs. (Art. 192 C. c.) (*a*).

6° Même peine contre l'officier public qui célébrerait incompétemment un mariage. (Art. 193 C. c.)

7° Il est défendu à tout officier de l'état civil, sous peine de destitution, de célébrer le mariage d'un officier militaire de terre ou de mer, même réformé

---

la loi pour la validité du mariage, il doit être puni d'une amende de seize à trois cents francs, et d'un emprisonnement de six mois à un an.

Mais le Code pénal déclare aussi (art. 195), qu'il n'est pas dérogé aux dispositions pénales du titre V du livre 1er du Code civil. D'où la conséquence, que si l'officier civil s'est assuré de l'existence du consentement, mais a négligé de le mentionner dans l'acte de mariage, il pourra être, aux termes du Code civil, condamné à une amende qui pourrait être inférieure à seize francs, car le Code civil ne fixe pas le minimum de cette amende. (V. C. civ., art. 56; Comp. art. 192.)

(*a*) Il en serait de même dans le cas d'inobservation des conditions prescrites pour la publicité du mariage et dont ne fait pas mention l'art. 165 du Code civil. (Comp., art. 75.)

avec pension de retraite, d'un intendant militaire, ou d'un officier de santé attaché aux armées, sans qu'on lui produise une permission par écrit, du ministre de la guerre ou de la marine ; ou d'un sous-officier et soldat ou marin en activité de service, sans la permission du conseil d'administration de son corps (1).

8° Enfin, toute altération, tout faux dans les actes de l'état civil, toute inscription de ces actes sur feuilles volantes, donnent aux parties intéressées une action en dommages-intérêts contre l'auteur, sans préjudice des peines portées au Code pénal. (Art. 52 C. c.) (*a*).

Nous terminerons ce chapitre en observant que la loi ne prononce aucune nullité pour la violation des formes prescrites dans les actes de l'état civil, si ce n'est en certains cas, pour le mariage, comme nous le verrons plus bas, parceque c'est un contrat dans lequel toutes les parties intéressées peuvent et doivent veiller à l'accomplissement des formes requises.

(*a*) D'après l'article 192 du Code pénal, les officiers de l'état civil qui ont inscrit leurs actes sur de simples feuilles volantes, sont punis d'un emprisonnement d'un mois au moins et de trois ans au plus, et d'une amende de seize francs à deux cents francs.

Pour compléter la matière des contraventions qui peuvent être

(1) Voyez les décrets impériaux des 16 juin, 3 et 28 août 1808, et l'avis du Conseil d'état approuvé de S. M. le 21 décembre suivant, tom. 8, pag. 358, et tom. 9, pag. 34, 72 et 294, 4e sér.

OBSERVATIONS.

Les mots *état civil* ou *privé* signifient la position d'un individu dans la société comme membre de telle ou telle famille, ou comme s'y rattachant par certains liens intimes. Ainsi les qualités de père, de fils, de parent, d'allié, de mari et femme, d'adoptant et d'adopté, constituent l'état privé de chacun de nous, lequel est tout à fait indépendant de l'état politique. L'état d'un individu se modifie nécessairement par le décès d'autres individus auxquels il était uni par les liens dont nous venons de parler. Pour bien connaître l'état privé d'une personne, souvent il faudra savoir si telle ou telle autre personne est vivante ou décédée.

La société est intéressée à ce que ce classement des familles soit fait d'une manière certaine. La puissance paternelle ou maritale, la capacité ou l'incapacité des personnes, la dévolution des successions dépendent des rapports dont l'ensemble constitue l'état privé.

Les écrits constatant les principaux événements qui se rattachent à cet état, s'appellent *actes de l'état civil*. Ces actes constatent les naissances, mariages, décès, reconnaissances d'enfants naturels et adoptions. On aurait pu y comprendre les actes qui constatent la mort civile ou autres déchéances modifiant les rapports de famille; de même les actes qui constatent la séparation de corps, l'émancipation, les tutelles. Mais on a craint probablement de trop surcharger les fonctionnaires chargés de la tenue des registres de l'état civil. Les déchéances prononcées par jugement sont constatées par les registres des greffiers des Tribunaux; il en est de même de la sépara-

---

commises par les officiers de l'état civil, nous citerons l'article 194 du Code pénal, lequel punit de seize francs à trois cents francs d'amende l'officier de l'état civil qui a reçu avant le temps fixé par l'art. 228 du Code civil, l'acte de mariage d'une femme ayant déjà été mariée.

tion de corps. Quant à l'émancipation, elle est constatée sur les registres du greffe de la justice de paix. (C. civ., art. 477 et 478.)

Autrefois les principaux événements dont nous venons de parler, mariages, naissances et décès (car l'adoption était alors inconnue), n'étaient pas mentionnés sur des registres tenus *ad hoc* par des officiers publics; la preuve en était précaire, et résultait soit des papiers domestiques, soit des dépositions de témoins. Des intérêts si importants pour les familles, et par conséquent pour la société, ne purent être longtemps abandonnés à la merci de la négligence des particuliers.

Le Clergé tint les premiers actes qui purent servir à constater l'état civil. Le premier monument de législation en cette matière est l'ordonnance de Villers-Cotterets de 1539. Cette ordonnance déclare que les registres feront preuve : 1° du décès des personnes tenant bénéfice (art. 50); 2° du temps de la majorité et de la minorité, qui sera prouvée par l'extrait des actes de baptême (art. 51).

L'ordonnance de Blois de 1579, art. 181, ordonne aux greffiers des Tribunaux de se faire apporter par les Curés à la fin de chaque année les registres des baptêmes, mariages et sépultures de leur paroisse. Le but de cette disposition était d'éviter les preuves par témoins, touchant les mariages, naissances et décès.

L'ordonnance d'avril 1667, tit. 20, art. 7, déclare que les actes de l'état civil tenus par le clergé feront preuve en justice.

Depuis la révocation de l'édit de Nantes (octobre 1685), l'état civil des protestants fut très-incertain. Enfin l'édit du 18 novembre 1787, rendu sous Louis XVI, chargea les officiers de justice de dresser les actes de l'état civil des protestants.

Mais bientôt allait s'opérer une séparation complète entre la loi civile et la loi religieuse. Le vœu en avait été manifesté à plusieurs reprises à l'égard de l'état civil; on demandait que cet état fût indépendant de la diversité des opinions religieuses. Cette indépendance fut consacrée en ces termes par l'Assemblée constituante :

« La loi ne considère le mariage que comme un contrat civil. Le pouvoir législatif établira pour tous les habitants sans distinction,

le mode par lequel les mariages, naissances et décès seront constatés, et il désignera les officiers qui en recevront et conserveront les actes. »

Cette loi d'organisation de l'état civil fut rendue le 20 septembre 1792. Elle confia aux municipalités le soin de recevoir et conserver les actes de l'état civil. Les conseils généraux des communes, composés, aux termes de la loi du 14 septembre 1789, des officiers municipaux et d'un nombre double de notables, nommaient parmi leurs membres une ou plusieurs personnes chargées de tenir les registres. En cas d'empêchement légitime de ces officiers, ils étaient remplacés par le maire, ou un officier municipal, ou par un autre membre du conseil général.

Les conseils généraux des communes ayant été supprimés par la Constitution de l'an III, les officiers municipaux des communes se trouvèrent chargés de la tenue des actes. Enfin la loi du 28 pluviôse an VIII en confia le soin aux maires et aux adjoints. Le Code civil n'introduit sur ce point aucune innovation, au moins quant aux actes de l'état civil rédigés sur le territoire français, et, par son silence, il a maintenu la compétence déterminée par la loi du 28 pluviôse an VIII.

On voit donc que depuis la révolution de 1789 le principe fondamental, en cette matière, est la séparation complète de l'ordre civil et de l'ordre religieux. La loi du 7 vendémiaire an IV, art. 20 et 21, pour consacrer davantage cette séparation, avait établi des peines contre les fonctionnaires publics qui auraient égard aux attestations que des ministres du culte pourraient donner, relativement à l'état civil des citoyens, et contre les officiers de l'état civil qui feraient mention dans leurs actes de l'accomplissement des cérémonies religieuses, ou exigeraient la preuve de cet accomplissement.

Ces dispositions pénales sont, au reste, abrogées par le Code pénal de 1810, qui consacre une section spéciale aux délits relatifs à la tenue des registres de l'état civil. Seulement ce Code (art. 199 et 200), punit le ministre du culte qui procède aux cérémonies religieuses d'un mariage, sans qu'il lui ait été justifié d'un acte de mariage préalablement reçu par les officiers de l'état civil.

CHAPITRE XIV.

Des Actes de naissance.

L'enfant né doit être présenté, et la déclaration de sa naissance faite à l'officier de l'état civil, dans les trois jours (art. 55 C. c.), par le père, ou à son défaut, par la personne qui a présidé ou assisté à l'accouchement, ou par celle chez qui l'enfant est venu au monde. (Art. 56 C. c.) (*a*).

(*a*) La loi du 20 septembre 1792 (tit. 3, art. 5), avait établi une peine de deux mois de prison pour défaut de déclaration de naissance; mais elle n'avait pas déterminé le délai dans lequel cette déclaration devrait être faite. Cette lacune fut comblée par la loi du 19 octobre 1792, art. 1er, qui fixa le délai à trois jours et éleva la peine à six mois d'emprisonnement en cas de récidive. Le Code civil fixa le même délai de trois jours, sans prononcer de peine. Mais le Code pénal (art. 346) punit d'un emprisonnement de six jours à six mois, et d'une amende de 16 à 300 fr., le défaut de déclaration dans le délai fixé par l'art. 55 du Code civil.

Après l'expiration des trois jours, l'officier de l'état civil peut-il encore recevoir la déclaration de naissance qui lui est faite et en dresser l'acte? Un avis du Conseil d'Etat, du 12 brumaire an XI, décide qu'après les délais prescrits par la loi, les actes omis ne peuvent être reçus qu'en vertu de jugement et en grande connaissance de cause de l'omission, contradictoirement avec les parties intéressées, ou elles appelées, et sur les conclusions du Ministère public. Cette décision paraît être constamment observée dans

L'acte de naissance est dressé en présence de deux témoins; il doit énoncer le jour, l'heure et le lieu de la naissance, le sexe de l'enfant, les prénoms qui lui sont donnés, les prénoms, noms, professions et domicile des père et mère, et ceux des témoins. (Art. 57 C. c.) (*a*).

---

la pratique par les officiers de l'état civil, et c'est avec raison; car bien que l'avis du Conseil d'état soit antérieur au titre des actes de l'état civil (décrété le 20 ventôse an XI), cependant on n'aperçoit pas de motif plausible pour interpréter le Code civil autrement qu'on n'interprétait la loi de 1792. Un arrêt de la Cour de Colmar, du 25 juillet 1828, décide la question en ce sens.

Lorsque le père est présent, il est seul tenu de faire la déclaration; les autres personnes désignées par l'article 56 sont affranchies de toute obligation à cet égard. Il en est de même du cas où la mère est accouchée en l'absence du mari, et hors de son domicile. La personne chez qui l'accouchement a eu lieu est seule tenue de faire la déclaration.

S'il y avait danger pour la vie de l'enfant à le faire sortir de la maison où l'accouchement a eu lieu, l'officier de l'état civil devrait se transporter près de lui. La loi du 20 septembre 1792, tit. 3, art. 6, le décidait formellement; et de l'exposé des motifs du titre *des actes de l'état civil*, il résulte que l'intention du législateur n'a pas été de modifier le droit sous ce rapport.

(*a*) Lorsque l'officier de l'état civil rédige l'acte de naissance d'un enfant naturel, il ne doit pas mentionner le nom du prétendu père qui n'a pas formellement reconnu sa paternité (Comp., art. 334 et 340). Il en est autrement du nom de la mère, lorsqu'elle est désignée par les comparants; nous pensons qu'on doit le mentionner dans l'acte, afin de mettre ainsi l'enfant sur la voie de

Les noms en usage dans les différents calendriers, et ceux des personnages connus de l'histoire ancienne, peuvent seuls être reçus, comme prénoms, sur les registres de l'état civil destinés à constater la naissance des enfants, et il est interdit aux officiers publics d'en admettre aucun autre dans leurs actes (1).

Toute personne qui a trouvé un enfant nouveau-né, est tenue de le remettre à l'officier de l'état civil des lieux, ainsi que les vêtements et autres effets trouvés avec l'enfant, en déclarant toutes les circonstances de temps et de lieux propres à indiquer son origine; sur quoi il est dressé par-devant l'officier civil, procès-verbal énonçant toutes les circonstances connues sur cet

---

la recherche de la maternité (V. art. 341). La Cour royale de Dijon a même décidé, par arrêt du 24 août 1840, que les médecins, chirurgiens, etc., qui ont assisté à un accouchement, sont obligés, en présentant l'enfant à l'officier de l'état civil, de déclarer le nom de la mère, lorsqu'ils le connaissent, sans qu'ils puissent invoquer, en cette circonstance, l'obligation de garder le secret qui leur est imposé par l'article 378 du Code pénal.

Si l'enfant est présenté mort, l'officier de l'état civil, aux termes d'un décret du 4 juillet 1806, doit exprimer que l'enfant lui a été présenté sans vie. Il reçoit les déclarations des an, jour, et heure de la naissance, et inscrit l'acte à sa date sur les registres des décès, sans qu'il en résulte aucun préjugé sur la question de savoir si l'enfant a eu vie ou non.

(1) Voyez la loi du 11 germinal an 11, bull. 267, n° des lois 2614, tom. 8, pag. 83, 3e sér.

événement, ainsi que l'âge apparent de l'enfant, son sexe, les noms qui lui sont donnés, et l'autorité civile à laquelle il sera remis. Ce procès-verbal, inscrit sur les registres, tient lieu d'acte de naissance à l'enfant trouvé, jusqu'à ce que son sort soit mieux éclairci. (Art. 58 C. c.) (*a*).

Les actes de naissance des enfants qui viennent au monde sur des bâtiments pendant les voyages de mer, doivent être dressés dans les vingt-quatre heures en présence du père, s'il est dans le bâtiment, et de deux témoins pris parmi les officiers du bâtiment, ou, à leur défaut, parmi les hommes de l'équipage. Dans les bâtiments de l'Etat, l'officier d'administration de la marine remplit les fonctions d'officier de l'état civil; et le capitaine, maître, ou patron du navire, remplit ces mêmes fonctions dans les bâtiments appartenant aux armateurs ou négociants. Dans tous les cas, ces actes de naissance sont inscrits à la suite du rôle de l'équipage. (Art. 59 C. c.)

(*a*) L'enfant trouvé reçoit sa première éducation dans un des hospices à ce destiné, et se trouve ensuite placé sous la tutelle de l'autorité administrative. (V. le Décret du 19 janvier 1841).

L'article 347 du Code pénal de 1810 punit toute personne qui, ayant trouvé un enfant nouveau-né, ne l'aura pas remis à l'officier de l'état civil.

Toutefois cette disposition n'est pas applicable à celui qui aura consenti à se charger de l'enfant, et qui aura fait sa déclaration à cet égard devant la municipalité du lieu où l'enfant a été trouvé. (V. cet art. 347.)

Les actes de naissance dressés en mer doivent être déposés dans les ports français, au bureau de l'inscription maritime; et dans les ports étrangers, où l'on aborde, entre les mains du commissaire des relations commerciales (consul), pour être renvoyés au ministre de la marine, et, par sa médiation, à l'officier civil du domicile du père, ou de la mère si le père est inconnu. (Art. 60, 61, 62 C. c.)

CHAPITRE XV.

Des Actes de mariage.

Les actes de mariage sont relatifs ou aux publications qui doivent le précéder, ou à la célébration elle-même. Nous en parlerons sous l'un et l'autre aspect, en traitant du mariage; et pour ne nous pas répéter, nous observerons seulement ici :

Que le registre particulier destiné à recevoir les actes de publication, et qui n'est tenu qu'en minute simple, doit être déposé, à la fin de chaque année, au greffe du Tribunal d'arrondissement (art. 63 C. c.);

Qu'en cas d'opposition formée à un mariage, l'officier de l'état civil doit sans délai en faire mention sommaire sur le registre des publications; et que quand on lui apporte expédition du jugement de main-levée, il doit aussi en faire mention en marge du re-

gistre où l'opposition est inscrite. (Art. 67 C. c.) Il en est de même de tout autre acte authentique de main-levée volontaire ;

Que l'officier de l'état civil doit se faire remettre l'acte de naissance de chacun des futurs époux ; mais en cas d'impossibilité de faire cette production, elle peut être suppléée en rapportant un acte de notoriété délivré par-devant le juge de paix du lieu de la naissance ou du domicile du futur époux (art. 70 C. c.), sur la déclaration faite par sept témoins de l'un ou l'autre sexe, parents ou non, portant les nom, prénoms, profession et domicile du futur, ceux de ses père et mère, s'ils sont connus, le lieu et, autant que possible, l'époque de sa naissance, et les causes qui empêchent d'en rapporter l'acte : cet acte de notoriété, signé du juge de paix et des témoins, ou portant mention de ceux qui n'auraient pu ou su signer (art. 71 C. c.), est présenté au Tribunal de l'arrondissement dans lequel le mariage doit être célébré, pour, sur les conclusions du procureur du Roi, être homologué, ou rejeté, suivant que le Tribunal trouvera suffisantes ou insuffisantes les déclarations des témoins, et les causes qui empêchent de rapporter l'acte de naissance du futur époux (art. 72 C. c.);

Que l'officier de l'état civil doit se faire aussi représenter, 1° un certificat délivré par l'officier public de chaque commune où le mariage a dû être publié, constatant qu'il n'existe point d'opposition (art. 69 C. c.); 2° jugement de main-levée, s'il y a eu oppo-

sition formée (art. 68 C. c.); 3° l'acte authentique du consentement des père et mère ou aïeuls du futur époux qui en aurait besoin, ou, à leur défaut, celui de sa famille, lequel acte doit contenir les prénoms, noms, profession et domicile du futur et de tous ceux qui ont concouru à le délivrer, ainsi que leur degré de parenté (art. 73 C. c.); 4° les actes respectueux dans les cas où ils sont requis.

Sur quoi il faut observer que, dans le cas où le nom d'un des futurs époux ne serait pas orthographié dans son acte de naissance, comme celui de son père, et dans celui où l'on aurait omis quelques-uns des prénoms de ses parents, le témoignage des père et mère ou aïeuls, assistant au mariage et attestant l'identité, suffit pour passer outre à la célébration; qu'il en est de même si les père et mère ou aïeuls, quoiqu'absents, attestent l'identité par l'acte authentique contenant leur consentement; et qu'en cas de décès des père et mère ou aïeuls, l'identité est valablement attestée, pour les mineurs, par le conseil de famille, ou par le tuteur *ad hoc;* et pour les majeurs, par les quatre témoins de l'acte de mariage (1).

---

(1) Voyez l'avis du Conseil d'Etat approuvé par S. M. le 30 mars 1808, bull. 188, n° des lois 3254, tom. 8, pag. 252, 4e sér.

CHAPITRE XVI.

Des Actes de décès.

L'inhumation ne doit avoir lieu que vingt-quatre heures après la mort; elle ne doit être faite par ceux qui en sont chargés, qu'avec une autorisation par écrit et sur papier libre donnée sans frais par l'officier de l'état civil, qui ne peut la délivrer lui-même qu'après s'être transporté auprès de la personne décédée, pour s'assurer du décès (art. 77 C. c.); et il est défendu à tous ministres des cultes d'aller relever aucun corps pour le conduire à la sépulture (1), sans la même autorisation (*a*).

(*a*) La sanction de la loi qui défend d'inhumer, sans autorisation, une personne décédée, se trouve dans l'article 358 du Code pénal.

L'article 77 du Code civil suppose que des exceptions peuvent être apportées à la règle, d'après laquelle les inhumations ne doivent pas avoir lieu avant les vingt-quatre heures.

Une ordonnance de police rendue pour Paris seulement, le 14 messidor an XII, décide qu'on ne pourra inhumer avant l'expiration du délai légal, que sur l'avis des médecins ou chirurgiens qui ont suivi la maladie.

(1) Voyez le décret impérial du 4 therm. an 13, bull. 52, n° des lois 865, tom. 3, pag. 382, 4ᵉ sér.

Dans les cas ordinaires l'acte de décès est dressé par l'officier civil, sur la déclaration de deux témoins, lesquels doivent, autant que possible, être deux des plus proches parents ou voisins, ou la personne chez laquelle le décès a eu lieu, avec un parent ou autre. (Art. 78 C. c.)

Ici la loi ne distingue plus entre les témoins et les déclarants; il n'y a que deux témoins qui sont en même temps les déclarants, parce que cet acte n'impose à ceux qui le font, d'autre obligation que celle d'attester la vérité (*a*).

Cet acte doit contenir les nom, prénoms, âge, profession et domicile de la personne décédée, les prénoms et nom de l'autre époux, si la personne décédée était mariée ou veuve; les prénoms, noms, âge, profession et domicile des déclarants; s'ils sont parents, leur degré de parenté; et autant qu'on le peut, les prénoms, noms, profession et domicile des père et mère du décédé, et le lieu de sa naissance. (Art. 79 C. c.) (*b*).

(*a*) Il est difficile de bien saisir quelle est ici la pensée de l'auteur. Dans tous les cas possibles, les déclarants n'ont d'autre obligation que *de dire la vérité;* et dans tous les actes de l'état civil, les témoins doivent s'assurer de la conformité de la rédaction de l'acte avec les faits qui se sont passés devant l'officier public, et en déposer au besoin.

(*b*) L'article 79 ne prescrit pas de mentionner le jour ni l'heure du décès, probablement parce qu'on a craint que les déclarations

En cas de décès dans les hôpitaux ou maisons publiques, l'officier de l'état civil doit s'y transporter pour s'en assurer, et en dresser l'acte à l'aide des renseignements qu'il aura recueillis; duquel il doit envoyer une expédition authentique à l'officier civil du dernier domicile de la personne décédée. (Art. 80 et 84 C. c.)

Lorsqu'il y a des indices de mort violente, on ne doit faire l'inhumation qu'après qu'un officier de police, assisté d'un docteur en médecine ou en chirurgie, ont dressé procès-verbal de l'état du cadavre, à vue duquel et des renseignements y énoncés, l'officier de l'état civil du lieu du décès doit en dresser l'acte et en envoyer expédition à celui du domicile de la personne décédée. (Art. 81 et 82 C. c.) (*a*).

L'acte de décès du condamné est rédigé à vue des renseignements transmis par le greffier de la Cour de justice criminelle, à l'officier de l'état civil du lieu de

---

relatives à ces détails ne fussent erronées, surtout quant à l'heure. L'acte ne fait donc aucune preuve à cet égard; et le seul point qui soit constant jusqu'à preuve contraire, est que le décès de la personne désignée a précédé la rédaction de l'acte. (Comp., art. 34.)

(*a*) Le Décret du 3 janvier 1813 sur l'exploitation des mines, a prévu le cas où les corps de personnes décédées dans des inondations, incendies, ou autres accidents, ne sont pas retrouvés. Il doit être dressé par le maire un procès-verbal de toutes les circonstances de l'événement, et ce procès-verbal annexé aux actes de l'état civil, tient lieu d'acte de décès.

l'exécution. Et dans ce cas, comme dans tous ceux de mort violente, l'acte est rédigé suivant les formes ordinaires, sans y énoncer le genre de mort. (Art. 83 et 85 C. c.)

Les actes de décès en voyages de mer sont reçus et déposés conformément à ce que nous avons dit pour les actes de naissance en mer. (Art. 86 et 87 C. c.)

CHAPITRE XVII.

Des Actes de l'état civil des militaires hors du territoire du Royaume.

Les militaires en activité de service dans l'intérieur du Royaume, sont en tout soumis aux règles générales prescrites pour tous les citoyens (*a*), relativement aux actes de l'état civil (1); mais lorsqu'ils sont en expédition hors du territoire, la loi, pour assurer leur état et constater leur décès, prescrit un mode particulier adapté à leur position. (Art. 88 C. c.)

(*a*) Il faut substituer le mot *habitants* au mot *citoyens*. Les registres de l'état civil ne sont pas uniquement relatifs aux *citoyens*, mais à tous ceux qui naissent, se marient, ou meurent sur le territoire français.

(1) Voyez l'avis du Conseil d'Etat, approuvé par S. M. le 4 complémentaire an 13, bull. 61, n° des lois 1071, tom. 4, pag. 65, 4e sér.

Ce mode constitue le droit commun pour eux, sans qu'il soit permis de constater leur décès par de simples certificats (1).

1° C'est le major qui remplit les fonctions d'officier d'état civil (2), lorsque le corps est au moins d'un bataillon ou escadron; dans les autres corps, c'est le capitaine commandant; pour les officiers sans troupes et les employés de l'armée, c'est l'inspecteur aux revues (Art. 89 et 96 C. c.) (*a*).

Dans les hôpitaux sédentaires et ambulants, c'est le directeur qui rédige les actes de décès et les envoie ou au major, ou à l'inspecteur aux revues, suivant la qualité de la personne décédée (*b*).

2° Il y a dans chaque corps un registre pour les

(*a*) I. Une Ordonnance du 29 juillet 1817 a supprimé le corps des *inspecteurs aux revues* et celui des *commissaires des guerres*, en attribuant les fonctions qu'ils remplissaient à un corps d'administrateurs militaires composé d'intendants, sous-intendants et adjoints sous-intendants militaires.

II. Les fonctions d'officiers de l'état civil ont été confiées aux majors des régiments par un arrêté du 1er vendémiaire an XII.

(*b*) D'après la loi du 3 mars 1822, art. 19, les membres des autorités sanitaires exercent les fonctions d'officiers de l'état civil dans les lazarets.

(1) Voyez l'avis du Conseil d'Etat, approuvé par S. M. le 17 germinal an 13, bull. 41, n° des lois 666, tom. 3, pag. 26, 4e sér.

(2) Voyez dans Locré, tom. 2, pag. 4.

hommes qui le composent, et un à l'état-major de l'armée, pour les officiers sans troupes et les employés (art. 90 C. c.); le premier est coté et paraphé par l'officier commandant, le second par le chef de l'état-major (art. 91 C. c.) : à la rentrée sur le territoire du Royaume, ces registres sont déposés aux archives de la guerre.

3° Les naissances arrivées à l'armée doivent être déclarées dans les dix jours de l'accouchement (art. 92 C. c.); les publications de mariage doivent y être mises, vingt-cinq jours avant la célébration, à l'ordre du jour du corps, pour ceux qui tiennent à un corps, et à celui de l'armée pour les autres; elles doivent en outre être faites, dans la forme ordinaire, au dernier domicile des parties. (Art. 94 C. c.)

Les décès sont constatés par trois témoins. (Art. 96 C. c.)

4° L'officier chargé de la tenue des registres à l'armée, doit, aussitôt après la célébration d'un mariage, envoyer une expédition de l'acte à l'officier de l'état civil du dernier domicile des époux. (Art. 95 C. c.)

Même envoi doit être fait dans les dix jours des actes de décès. (Art. 96, 97 C. c.)

5° Enfin, l'officier de l'état civil du domicile des parties auquel ces expéditions ont été adressées, est tenu de les transcrire de suite sur ses registres. (Art. 98 C. c.)

OBSERVATIONS.

La maxime *locus regit actum* n'est pas applicable aux actes concernant l'état civil des militaires en expédition hors du territoire du royaume. Le premier projet s'était, il est vrai, référé à cette règle, sauf en ce qui concerne les actes de décès. Mais on s'en écarta sur la réclamation du Premier Consul, qui proclamait comme principe de la matière que, *là où est le drapeau là est la France*.

De là nous croyons devoir tirer cette conséquence, que le mariage entre une étrangère et un militaire français en expédition à l'étranger ne peut être célébré devant l'officier public du lieu ; et nous croyons que c'est à tort qu'un arrêt de la Cour royale de Paris, du 8 juillet 1820, a validé un mariage contracté en 1805 à Naples, devant le Curé du lieu, entre un militaire français et une femme du pays.

CHAPITRE XVIII.

Des Actes [de divorce], d'adoption et de reconnaissance d'enfants naturels.

La loi ne détermine aucune forme spéciale pour ces deux (*a*) espèces d'acte ; cependant leur haute importance exige qu'ils soient au moins revêtus des formes généralement requises pour les autres actes de l'état civil ; c'est-à-dire, qu'ils doivent être faits en présence

(*a*) Trois, *édition de* 1810.

de deux témoins, mâles et majeurs (art. 37 C. c.), pour en garantir l'authenticité, et avec les énonciations des prénoms, noms, âge, profession et domicile des personnes y dénommées. (Art. 34 C. c.)

Nous observerons de plus que l'acte de reconnaissance d'enfant naturel, inscrit, à sa date, sur le registre de l'état civil, doit être mentionné en marge de son acte de naissance, s'il en existe un. (Art. 62 C. c.)

Que pour l'acte en divorce prononcé pour cause déterminée, le demandeur doit se présenter devant l'officier de l'état civil (art. 264 C. c.), après y avoir appelé l'époux défendeur (art. 266 C. c.), et que pour le divorce par consentement mutuel, les deux parties doivent être présentes en personne (Art. 294 C. c.) (*a*).

CHAPITRE XIX.

Du Domicile.

Ce que c'est que le domicile, et ses différentes espèces.

Par quel genre de preuve on peut le constater.

Les personnes qui peuvent acquérir un domicile propre.

(*a*) Le divorce a été aboli par la loi du 8 mai 1816.

Les effets du domicile, soit relativement à la personne, soit relativement à ses négociations.

Comment on perd son premier domicile, pour en acquérir un autre.

Tels sont les différents points que nous avons à examiner.

SECTION Ire.

Ce que c'est que le Domicile, et ses différentes espèces.

Le domicile consiste dans la relation morale de l'homme avec le lieu de la résidence où il a fixé le siége administratif de sa fortune, l'établissement de ses affaires.

Nous disons *dans la relation morale*, parce que le domicile ne consiste point dans l'existence physique, ni dans la résidence de fait en un lieu, mais dans l'attachement contracté par la personne au lieu choisi pour le centre de ses négociations.

Le domicile est un quasi-contrat qui rend le domicilié passible des charges publiques et participant des avantages communs dans le lieu où il a voulu attacher les habitudes de sa vie.

Le véritable domicile s'acquiert par l'habitation de fait, par le choix libre et la volonté de s'y fixer; il se conserve par l'habitude et l'intention de retour quand on en sort.

On distingue le domicile d'origine, celui postérieurement acquis, quand on a quitté le premier; le

domicile politique, le domicile civil, et le domicile d'élection.

1° L'enfant légitime ou légalement reconnu a, pour domicile d'origine, le domicile même de son père dont il suit la condition.

L'enfant né hors le mariage, qui n'est reconnu que de sa mère, a pour domicile natal celui de la mère dont il suit, en ce cas, la condition.

L'enfant illégitime qui n'est reconnu ni de son père ni de sa mère, n'a d'abord pour domicile que le lieu où il est placé, ensuite celui de son tuteur s'il lui en est donné un, en attendant que, maître de ses droits, il puisse se choisir un domicile propre.

2° Le domicile postérieurement acquis est celui qui résulte de la nouvelle habitation fixée à perpétuelle demeure, par un majeur ou un mineur émancipé (art. 108 et 103 C. c.) qui a quitté son lieu d'origine pour s'établir ailleurs.

3° Le domicile civil est celui où tout français exerce les droits attachés à cette qualité. (Art. 102 C. c.) C'est à cette espèce de domicile qu'on doit rapporter la définition que nous avons donnée plus haut. Il est acquis du moment qu'on a pris possession de l'habitation volontairement choisie, avec l'intention de s'y fixer à perpétuelle demeure (art. 103 C. c.), et aucune absence de fait n'en opère la perte, tant qu'on conserve l'habitude et l'esprit de retour (*a*).

(*a*) L'auteur, en transcrivant l'art. 102, paraît supposer que le

4° Le domicile politique est celui où la personne exerce ses droits de citoyen (*a*).

Français seul peut avoir un domicile, et cependant, page 245, il admet que l'étranger peut fixer son domicile en France, et que, par cette fixation, il acquiert les droits de *l'incolat*.

Il y a là une sorte de contradiction. Pour soutenir que l'étranger ne peut avoir un domicile en France, on a argumenté, 1° de l'article 102 qui ne fait mention que des Français; 2° de l'art. 13, qui semble supposer que les étrangers ont besoin d'obtenir du Roi l'autorisation *d'établir leur domicile en France;* 3° de l'avis du 20 prairial an XI, qui décide que cette autorisation est nécessaire pour commencer le stage de 10 ans exigé par la Constitution de l'an VIII, en matière de naturalisation. Nous pensons cependant qu'un étranger peut, sans autorisation du Roi, établir son domicile en France.

En effet l'article 102, en parlant du Français seul, statue sur le cas le plus général, et d'ailleurs a pour objet d'écarter et de réserver la question relative au *domicile politique*. L'article 13 n'exige l'autorisation du Roi que pour attacher au domicile l'acquisition de tous les droits civils en France. Enfin l'avis du Conseil d'Etat paraît, d'après son texte même, n'être relatif qu'au domicile dont parle l'article 13, et au domicile que la Constitution de l'an VIII exige pour l'obtention de la naturalisation. D'ailleurs dans quel but d'utilité aurait-on voulu refuser à l'étranger l'avantage d'être dans une relation spéciale avec le lieu où il a fixé le siége de ses affaires, ou, en d'autres termes, son principal établissement?

(*a*) D'après l'article 10 de la loi du 19 avril 1831, sur les élections à la Chambre des députés, le domicile politique de tout Français est dans l'arrondissement électoral où il a son domicile réel ou civil. Néanmoins il peut le transférer dans tout autre

Ce domicile est acquis par une année de résidence dans une des communes de l'arrondissement. (Art. 6 de la Constit. de l'an VIII.)

Il est permis aussi à ceux qui composent la liste des six cents plus imposés, ainsi qu'à différents fonctionnaires publics, d'avoir un domicile politique élu dans une autre commune que celle de leur résidence,

---

arrondissement électoral où il paie une contribution directe, à la charge d'en faire, six mois d'avance, une déclaration expresse au greffe du tribunal civil de l'arrondissement électoral où il a son domicile politique actuel, et au greffe du tribunal civil de l'arrondissement électoral où il veut le transférer.

Mais cette séparation du domicile politique d'avec le domicile réel ou civil n'existe pas sous le rapport des fonctions de juré. En effet, d'après la loi du 2 mai 1827, art. 2, la liste du Jury d'un département comprend les électeurs qui, ayant leur domicile réel dans le département dont il s'agit, exercent leurs droits électoraux dans un autre département.

Enfin, en ce qui concerne les élections aux Conseils généraux et aux Conseils d'arrondissement, en règle générale, le domicile politique est le même que le domicile en matière d'élection des membres de la Chambre des députés.

Toutefois l'électeur qui a choisi son domicile politique hors de son domicile réel, peut, s'il en fait la déclaration, coopérer à l'élection des Conseillers de département ou d'arrondissement dans le canton de son domicile réel (loi du 22 juin 1833, art. 29).

On n'oubliera pas ce qui a été dit plus haut, que les conditions requises pour être électeur ne sont plus les mêmes que sous le régime impérial.

conformément à ce qui est prescrit par le décret impérial du 17 janvier 1806 (1).

5° Le domicile d'élection est celui qui est stipulé dans un acte par les parties contractantes.

Ce domicile est attributif de juridiction, en sorte que non seulement les significations, demandes et poursuites qui ont lieu en exécution de l'acte, peuvent être faites au domicile qui y est choisi; mais même le juge de ce domicile devient compétent, *ratione personae*, pour connaître des débats élevés entre les parties. (Art. 111 C. c.)

Le domicile d'élection diffère du domicile civil ordinaire, en ce qu'il n'est que spécial pour la négociation seule dans laquelle il a été choisi, tandis que l'autre est universel; il en diffère encore en ce qu'étant l'effet d'un contrat, il passe aux héritiers, tandis que le domicile ordinaire s'éteint avec la personne.

OBSERVATIONS.

I. Nous ferons remarquer que l'élection de domicile peut être faite non-seulement dans le même acte, mais encore dans un acte postérieur.

II. Il ne suffit pas d'avoir promis de payer dans un lieu déterminé, pour qu'il résulte de là élection de domicile; car autre

---

(1) Voyez l'avis du Conseil d'état, bull. 225, n° des lois 2059, tom. 7, p. 82, 3me sér. — Voyez surtout le titre 1 du décret impérial précité, bull. 72, n° des lois 1255, tom. 4, pag. 216, 4me série.

chose est de s'obliger à payer dans un certain lieu, et autre chose d'adopter un lieu pour domicile. Il faut faire cependant une exception en matière de dette commerciale (V. C. de pr., art. 420); et cette exception qui est fondée sur l'interprétation de la volonté des contractants, présumée conforme aux usages du commerce, doit recevoir son application même aux étrangers domiciliés ou non domiciliés en France. En effet, les conventions s'interprètent naturellement par la loi du lieu où elles sont formées.

III. D'après l'article 3 du Code civil combiné avec l'article 59 du Code de procédure, le demandeur peut citer à son choix le défendeur, ou devant le Tribunal du domicile réel, ou devant le Tribunal du domicile élu; toutefois il faut bien observer que ces articles ne contiennent rien autre chose qu'une règle d'interprétation de volonté; et si l'élection de domicile avait été faite dans l'intérêt exclusif du débiteur, ou même dans l'intérêt commun des deux parties, le créancier devrait nécessairement citer le débiteur devant le Juge du domicile élu.

IV. On s'est demandé si la signification du jugement qui condamne le débiteur, pouvait être valablement faite au domicile élu. Pour soutenir la négative, on a allégué que le jugement de condamnation avait pris la place de la convention sur laquelle il est intervenu, et qu'il s'agissait maintenant d'exécuter ce jugement et non point la convention.

Mais on peut répondre que le jugement ne fait autre chose que reconnaître les obligations résultant du contrat et en ordonner l'exécution; que, par conséquent, signifier le jugement, c'est faire *une signification relative à l'acte* dans lequel on a élu domicile; ce qui tombe sous l'application du texte de l'article 111, lequel n'admet aucune distinction sur ce point.

V. Il faut distinguer dans une élection de domicile deux choses bien différentes qui peuvent ne pas coexister : 1° l'attribution de juridiction à un Tribunal autre que celui du domicile réel de la partie; 2° la désignation d'une personne demeurant dans tel lieu, laquelle a mandat de recevoir les significations relatives à l'acte.

Souvent l'élection de domicile ne contient rien autre chose que l'attribution de juridiction ; ainsi on élit domicile dans une ville, sans dire chez quelle personne. D'autres fois au contraire, on ne change rien à la juridiction ; ainsi un débiteur élit domicile chez une tierce personne dans la ville où il est lui-même domicilié. Les derniers mots de l'article 102, *les significations*, etc., supposent une élection de domicile qui a eu le double objet dont nous venons de parler.

Nous terminerons ce qui concerne l'élection de domicile en disant que dans certains cas elle est *forcée*, c'est-à-dire exigée par la loi (C. civ., 176, 2148, 1°, etc.).

SECTION II.

Genres de preuves propres à constater le domicile.

On prouve le domicile par les déclarations que le domicilié peut avoir faites, tant à la municipalité dont il est sorti qu'à celle où il est venu s'établir ensuite ; (art. 104 C. c.)

Par l'inscription du domicilié sur le registre civique de la commune de sa résidence ; sur le contrôle de la garde nationale sédentaire ; sur les rôles de contributions personnelles [et somptuaires] ; sur celui des charges locales (*a*) ;

(*a*) Il n'est plus tenu de registres civiques ; dès-lors ce premier moyen de reconnaître le domicile n'existe plus.

Quant à l'inscription sur les registres de la garde nationale, elle peut encore servir à indiquer le domicile ; toutefois, dans le département de la Seine, cette indication ne peut avoir qu'une médiocre importance ; en effet, dans ce département, d'après l'art. 1er

Par la vérification du lieu où l'homme a pris sa patente, s'il en a une;

Par les actes dans lesquels il aurait énoncé sa demeure;

Par les actes dans lesquels il aurait satisfait à ses devoirs de religion dans un lieu plutôt que dans un autre, *ubi dies festos celebrat;*

En un mot, par tous les faits propres à indiquer l'habitation effective et l'habitude du retour de sa part (*a*).

SECTION III.

Des personnes qui peuvent acquérir un domicile propre.

Toute personne en naissant a un domicile d'origine, qu'elle conserve jusqu'à ce qu'elle en ait acquis

---

de la loi du 14 juillet 1839, on est tenu à faire le service de la garde nationale, non-seulement lorsqu'on a dans le département son domicile réel, mais même lorsqu'on ne fait qu'y résider habituellement une partie de l'année.

La contribution personnelle n'est due que dans la commune du domicile réel (loi du 21 avril 1832, art. 13); elle doit avoir une grande importance pour déterminer le domicile; au contraire la contribution mobilière est due pour *toute habitation meublée* située soit dans la commune du domicile réel, soit dans toute autre commune (V. même loi et même article). — On peut s'étonner de voir l'auteur parler encore de la contribution *somptuaire* qui avait été abolie par la loi du 24 avril 1806, art. 69.

(*a*) Il est bien entendu que ces divers faits peuvent servir d'indices, mais que chacun d'eux peut être combattu par des indices contraires.

un autre; et comme le domicile est au lieu où l'homme a fixé le siége de son administration, il en résulte que quiconque n'est point administrateur de ses intérêts, ne peut acquérir un domicile propre.

Ainsi, les enfants mineurs non émancipés ne peuvent avoir d'autre domicile que celui de leur père et mère ou tuteur.

Le pupille qui n'est point encore pourvu de tuteur conserve son domicile natal (art. 406 C. c.); mais dès qu'il a reçu un tuteur, il n'a plus que le domicile de celui-ci: il en est de même du majeur interdit (art. 108 C. c.), dont le domicile se trouve transféré chez l'administrateur qui lui est donné (*a*).

La femme, même séparée de biens, n'a d'autre domicile que celui du mari; mais la femme, après [le divorce ou] la séparation de corps, comme le mineur, après son émancipation, acquièrent un domicile propre (*b*).

(*a*) Cet administrateur est un tuteur. (V. C. civ., art. 505). La règle posée dans cet article est appliquée aux individus interdits à raison de certains crimes, c'est-à-dire, à ceux qui ont été condamnés aux travaux forcés à temps, à la détention ou à la reclusion. (V. nouv. Cod. pén., art. 29).

(*b*) Nous adoptons la solution de l'auteur sur le cas de séparation de corps. Toutefois nous devons avertir que M. Merlin suit l'opinion contraire, et soutient que la femme séparée de corps ne peut avoir d'autre domicile que celui du mari. Il argumente de ce que l'article 108 s'exprime en termes généraux et sans faire aucune distinction. Mais on peut répondre que le chapitre *de la séparation*

SECTION IV.

Des effets du domicile.

La fixation du domicile, comme nous l'avons dit, opère un quasi-contrat entre le nouveau domicilié et les autres habitants, par lequel il s'engage à supporter sa part des charges communales, et acquiert réciproquement le droit de participer aux avantages communs de la cité (*a*).

Ce quasi-contrat étend ses effets jusque sur les qualités civiles du nouveau domicilié, en lui donnant les droits de l'incolat, s'il vient d'un pays étranger; en sorte que, par l'effet de son établissement en France, l'état de sa personne se trouve dès-lors régi par les lois françaises, ainsi que nous l'avons établi plus haut.

---

de corps (chap. 5 du tit. 6) n'indique pas les effets de la séparation de corps quant à l'état des époux, et s'en réfère purement et simplement à cet égard aux principes antérieurement reçus. Or voici ce que dit Pothier sur ce point : « Lorsqu'une femme est séparée d'habitation par un jugement qui n'est suspendu par aucun appel ni opposition, elle peut s'établir un domicile qui lui devient propre. » (Introduction générale aux coutumes, n° 10 *in fine*). Aussi aujourd'hui dans la pratique admet-on sans difficulté la doctrine de Pothier.

(*a*) Nous trouvons un exemple des avantages attachés au domicile, dans l'art. 105 du Code forestier, relatif aux coupes des bois communaux destinées à être partagées en nature, pour l'affouage des habitants.

Quant aux effets du domicile sur les actes et négociations de la personne, les principaux sont :

1° Que le mariage ne peut être célébré que pardevant l'officier civil des époux ou de l'un d'eux (*a*);

2° Que la personne doit être citée, en matière civile, lorsqu'on agit par action personnelle et principale, pardevant le Tribunal de son domicile ; mais s'il est question de mise en cause ordonnée, ou d'intervention demandée, c'est au Tribunal où l'instance était liée, qu'elles doivent avoir lieu, parce que l'accessoire suit le sort du principal; et dans le cas où il y a eu élection de domicile, le demandeur a le choix d'assigner ou devant le Tribunal du domicile élu, ou devant celui du domicile réel du défendeur (Art. 59 du Code de proc.).

3° En fait de succession, le lieu de son ouverture est déterminé par le domicile du défunt; et s'il s'élève des difficultés entre les parties qui y ont quelques intérêts, c'est pardevant le Tribunal de ce lieu qu'on doit contester, 1° sur les demandes entre cohéritiers jusqu'à partage inclusivement; 2° sur les demandes formées par les créanciers du défunt avant le partage; 3° sur les actions relatives à l'exécution des dispositions à cause de mort (art. 59 du Code de proc.); 4° sur toutes contestations en licitation d'objets in-

(*a*) Notons que le domicile relativement au mariage est soumis à des règles spéciales, que nous expliquerons sur le titre du *mariage*.

divis dépendant de la succession ; 5° sur les demandes relatives à la garantie des lots entre copartageants, et celles en rescision de partage (Art. 110, 822 C. c.) (*a*).

SECTION V.

Comment on perd son domicile.

Un domicile ne peut être acquis que par l'habitation réelle jointe à l'intention de s'y fixer; mais une fois que la possession en est prise, on peut le conserver par la seule volonté du retour quand on en est sorti (*a*).

Ainsi, lorsqu'un homme a quitté son domicile, sans faire aucune déclaration expresse sur son changement de résidence, et qu'il s'agit de savoir si réellement il a transféré son domicile ailleurs, c'est par la nature des faits qui ont nécessité ou occasionné son

---

(*a*) La fixation du domicile présente encore de l'intérêt dans d'autres cas non mentionnés par l'auteur : 1° en matière de tutelle (V. art. 406) ; le conseil de famille qui doit nommer le tuteur et le subrogé-tuteur est convoqué par le Juge de paix *du domicile du mineur* (V. aussi l'art 363); 2° dans le cas d'adoption; car le contrat d'adoption doit être formé devant le Juge de paix *du domicile de l'adoptant.*

(*b*) Il est un cas où la translation de domicile s'opère sans qu'il y ait habitation réelle dans un nouveau lieu ; c'est le cas où il y a eu acceptation de fonctions conférées à vie. La translation s'opère alors par le fait seul de l'acceptation (V. plus bas ce que dit l'auteur, p. 248, 3e alinéa).

éloignement qu'on doit estimer si, avec l'esprit de retour, il conserve son premier domicile (*a*).

Choix libre et volontaire, accès corporel, dessein de se fixer, telles sont les conditions dont l'expression tacite doit être le résultat des faits allégués en preuve du nouveau domicile.

C'est d'après ce principe qu'on doit décider, 1° que l'acceptation de fonctions conférées à vie emporte de plein droit translation du domicile du fonctionnaire dans le lieu où il va les exercer (Art. 107 C. c.) (*b*).

2° Que le domestique qui va résider chez un maître y transporte aussi son domicile (art. 109 C. c.), et qu'il en est de même du fermier qui va demeurer dans la ferme d'autrui (*c*).

(*a*) Il est difficile d'exiger absolument pour la perte du domicile, la perte de l'esprit de retour. La loi fait résulter la mutation de domicile du transport du principal établissement d'un lieu dans un autre, et n'exige nulle part la perte de tout esprit de retour dans le lieu abandonné. Le majeur qui sert ou travaille habituellement chez autrui et qui demeure dans la même maison que la personne chez laquelle il sert ou travaille, y a transféré son domicile, et cependant les services de ce majeur peuvent n'être que temporaires, et souvent le domestique aura conservé l'esprit de retour dans son pays.

(*b*) Autrefois l'acceptation des fonctions conférées à vie ne suffisait point pour opérer la translation de domicile; il fallait le fait de l'habitation réelle dans la nouvelle localité.

(*c*) Il est peut-être dangereux d'étendre au fermier ce que la loi dit du domestique. Il n'y a point d'analogie dans les positions de ces deux personnes; et on ne voit pas pourquoi le fermier perdrait

Mais il faut décider autrement :

1° A l'égard du citoyen appelé à des fonctions temporaires ou révocables, s'il n'a manifesté, par aucun autre fait, l'intention de transporter son domicile au lieu où il les remplit (art. 106 C. c.);

2° A l'égard de celui qui quitte temporairement sa famille pour faire ses études dans quelques écoles ;

3° A l'égard des militaires et autres employés dans les armées, qui, pour causes passagères, et sans choix libre de leur part, quittent et changent fréquemment leur demeure ;

4° A l'égard du prisonnier, du condamné aux travaux publics, ou de l'exilé, qui, n'ayant point quitté volontairement leur domicile, sont censés conserver l'esprit de retour tant qu'il y a possibilité.

Nous terminerons ce chapitre, en observant que, dans le doute sur le changement de domicile, c'est à celui qui allègue ce changement à en fournir la preuve, parce qu'un premier domicile, celui d'origine ou autre, étant avéré, on doit lui conserver tous ses effets, tant qu'il n'est pas prouvé qu'ils ont été anéantis par l'acquisition d'un autre domicile également certaine.

---

nécessairement son ancien domicile, tandis que le fonctionnaire amovible conserve le sien. (V. dans le texte de l'auteur l'alinéa suivant).

CHAPITRE XX.

Des absents.

Le terme *absent* a, dans l'usage ordinaire, plusieurs significations très-différentes qu'il ne faut pas confondre.

On appelle vulgairement *absent* celui qui se trouve simplement hors de son domicile, quoiqu'on sache positivement où il est.

On donne aussi la dénomination d'*absent* à celui qui, n'ayant point quitté sa résidence, n'est pas présent à une chose dans laquelle il est intéressé : tel est l'héritier qui ne se trouve point au lieu de l'ouverture d'une succession que la loi l'appelle à recueillir (*a*).

Dans l'un et l'autre de ces cas, on ne suppose aucune incertitude sur l'existence de la personne qualifiée *absente*, et qui est simplement *non présente*. (Art. 840 C. c.)

Mais dans le langage propre de la jurisprudence sur les *absents*, cette qualification ne s'applique qu'à celui qui a quitté son domicile, et dont l'existence est devenue incertaine, par la raison qu'on ignore absolument le lieu de sa résidence.

(*a*) V. C. de pr., art. 909 3°, 910, 911 2°.—V. aussi art. 928, 931, 942, 943, *ibid.*

Ainsi, toute personne qui, après avoir quitté son domicile, a donné de ses nouvelles, ou dont l'existence est reconnue, cesse d'appartenir à la classe des *absents* proprement dits.

Au reste, qu'un homme ait disparu tout-à-coup du lieu de sa demeure, ou qu'il ait publiquement quitté son domicile pour un voyage dont l'objet était connu, même pour le service de l'Etat, comme un militaire (1), peu importe la cause de son départ ou de sa disparition ; il suffit que dans son dernier domicile et sa dernière résidence connus, sa famille, ses proches, ses voisins, amis et autres n'aient reçu aucune de ses nouvelles, pour que, sa vie et sa mort se trouvant ainsi au rang des choses incertaines, il mérite la qualification d'*absent* dans le sens propre que la loi attache à cette expression.

En accordant une protection spéciale aux absents dont le lieu de retraite est ignoré, la loi proportionne l'étendue de ses secours sur les probabilités plus ou moins grandes de vie ou de mort que fait naître l'absence plus ou moins prolongée sans nouvelles. Pour cela, elle a fixé les diverses périodes dont nous parlerons bientôt. D'abord après la disparition, celui qui a disparu n'est qualifié que d'*absent présumé*, et les seules mesures rigoureusement nécessaires à la

---

(1) Voyez l'avis du Conseil d'état du 17 germinal an 13, bull. 41, n° des lois 666, tom. 3, p. 27, 4me sér.

conservation de ses intérêts sont permises. Ensuite, quand on a informé sur son sort et qu'il a gardé le silence, il est mis en déclaration d'absence, et, dans cette seconde période, des mesures plus étendues sont prescrites; mais quoique le doute qui s'élève sur l'existence de l'absent, se fortifie par la suite des temps, et que la protection de la loi suive la même progression à son égard, la définition que nous avons donnée de l'absence proprement dite, n'en est pas moins également applicable à l'absent présumé qu'à l'absent déclaré, parce que l'absence de l'un n'est pas différente de celle de l'autre quant à l'espèce, mais seulement quant à la durée et quant au degré de présomption de mort qui plane plutôt sur celui qui est absent depuis plus long-temps. C'est par cette raison que nous emploierons le mot *absent*, même en parlant de celui qui n'est qu'en présomption d'absence.

Il y a donc, en général, deux espèces d'absences: l'une a rapport à ceux dont l'existence est constante, ou au moins reconnue; l'autre à ceux dont l'existence devenue incertaine n'est pas reconnue.

Nous terminerons ces explications préliminaires, en observant que la loi a établi des règles générales qui, d'après ce qu'exigent les circonstances, sont applicables à toutes espèces d'absences, et d'autres particulières qui ne concernent que les absents proprement dits.

Les règles générales applicables à tous absents sont retracées au chapitre premier de la loi sur l'absence,

et nous en tirons la preuve de l'article 131 du Code, portant que, « si l'absent reparaît, ou si son existence » est prouvée pendant l'envoi provisoire, les effets » du jugement qui aura déclaré l'absence, cesseront; » *sans préjudice*, s'il y a lieu, *des mesures conser-* » *vatoires prescrites au chapitre premier du* » *présent titre, pour l'administration de ses* » *biens.* » Ainsi, les précautions prescrites dans ce chapitre, sont, suivant les circonstances, applicables aux *non présents* dont l'existence est prouvée, comme à l'absent dont l'existence est ignorée, en sorte que les mesures conservatoires des biens de l'absent présumé doivent être aussi prises pour la conservation des biens du non présent, lorsqu'elles sont reconnues nécessaires.

Nous diviserons ce chapitre en six sections : dans la première nous traiterons de la présomption d'absence ; dans la seconde, de la déclaration d'absence ; dans la troisième, des effets de cette déclaration ; dans la quatrième, des droits de l'époux de l'absent ; dans la cinquième, de l'envoi en possession définitif ; dans la sixième enfin, de la cessation des effets de l'absence.

OBSERVATIONS.

Le Droit romain fournit très peu de documents sur la matière de l'absence. Notre ancienne jurisprudence française offrait sur la même matière beaucoup de règles éparses, et qui n'étaient pas uniformes dans les différentes parties de la France. Cependant en général on s'accordait sur les points suivants :

1° Au bout d'un certain temps, les parents de l'absent étaient envoyés en possession de ses biens;

2° Avant que cet envoi en possession n'eût lieu, on nommait un curateur pour gérer les biens de la personne qui avait disparu;

3° Les ayant-cause de la personne qui avait disparu ne pouvaient exercer de son chef les droits subordonnés à la condition de son existence;

4° L'époux présent ne pouvait convoler à un nouveau mariage, quelque longue qu'eût été la durée de l'absence de l'autre époux.

L'ordonnance de 1667, tit. 2, art. 8, supprima la nécessité imposée autrefois à ceux qui voulaient actionner l'absent, de lui faire nommer un curateur; elle prescrivit de l'assigner à son dernier domicile, et déclara même expressément abroger l'usage de nommer un curateur. De là il résultait qu'on ne pouvait obtenir de jugements contradictoires contre l'absent.

Les lois des 11 ventôse et 16 fructidor an 2 ont établi des règles spéciales relativement aux militaires absents.

Le projet du Code ne traitait que de l'envoi en possession qui suivait la déclaration d'absence; on n'y prenait aucune mesure pour défendre les intérêts de l'absent pendant le temps qui précédait cette époque. On prétendait justifier cette omission en disant qu'il ne fallait pas s'immiscer dans les affaires d'un majeur sans sa volonté. Mais cette idée fut rejetée, et on décida que pendant le temps qui s'écoule avant la déclaration d'absence et l'envoi en possession, il serait pris des mesures conservatoires dans l'intérêt de la personne dont on n'a plus de nouvelles.

SECTION Ire.

De la présomption d'absence.

Qu'est-ce qu'un absent présumé, et quel est son état?

Quelles sont les personnes qui peuvent agir pour lui ?

A quel Tribunal doit-on recourir ?

Quelles mesures sont prescrites pour la conservation de ses droits ?

Quelles sont les conséquences qui résultent de son état pour les droits éventuels qui peuvent lui échoir ?

§ 1er.

Qu'est-ce qu'un absent présumé, et quel est son état?

L'absent présumé est celui qui a disparu de son domicile et de sa résidence, ou qui les a quittés, sans qu'on sache le lieu de sa demeure actuelle ; dont l'existence est devenue par là incertaine et douteuse, et qui n'a point encore été mis en déclaration d'absence.

Toutes ces conditions sont nécessaires pour constituer l'état d'absent présumé ; car dès que l'absent a donné de ses nouvelles, ou qu'on en a reçu indirectement, il n'est plus regardé que comme un non présent, et non pas comme un absent, dans le sens proprement dit.

En effet, on ne peut demander la déclaration d'absence qu'après quatre ans de présomption d'absence ; or, ce délai ne doit être compté que depuis les dernières nouvelles reçues (art. 115 C. c.) ; d'où il résulte que l'état de présomption d'absence ne pouvant commencer qu'à l'époque où l'on a cessé d'avoir des nouvelles, ne peut pas exister dès qu'on en reçoit.

Ainsi, l'état du présumé absent qui n'a pas encore fourni la plus longue carrière de la vie humaine, est purement incertain, et l'homme, dans cette position, n'est présumé ni vivant ni mort.

Il n'est pas présumé vivant, parce qu'il a cessé de paraître et de donner aucune marque de vie.

Il n'est pas présumé mort, parce qu'il était vivant lors de son départ, et que son décès n'est point prouvé.

§ 2.

Quelles sont les personnes qui peuvent agir pour l'absent présumé ?

Lorsque l'absent a laissé un fondé de pouvoir sur les lieux, c'est à son mandataire seul à agir pour lui, dans tout ce qui n'excède pas les bornes de son mandat, parce que l'administrateur constitué par la volonté de l'homme s'oppose à l'action subsidiaire de la loi pour lui en donner un autre; mais s'il y a nécessité de pourvoir à l'administration des biens de l'absent présumé qui n'a point laissé de procureur fondé, ou dont la procuration a cessé (art. 122 C. c.), il doit y être statué par le Tribunal de première instance, sur la demande des *parties intéressées*. (Art. 112 C. c.)

Par ces expressions *parties intéressées*, l'on ne peut entendre que les créanciers ou associés de l'absent; les communiers possédant quelques biens indivis avec lui; le fermier à l'égard du maître, et le maître à l'égard du fermier; en un mot, tous ceux qui peuvent avoir quelques actions à exercer en concours avec l'absent présumé, ou contre lui.

On ne peut appliquer ces expressions ni aux amis qui, sans être réellement intéressés dans les affaires de l'absent, prendraient un intérêt d'affection sur son sort, ni aux parents qui, en qualité d'héritiers, ne peuvent avoir intérêt quand il n'y a encore ni droit de successibilité ouvert à leur profit, ni action pour en provoquer l'ouverture (*a*).

Mais comme, d'une part, il est possible qu'aucune partie intéressée ne se présente pour agir au nom de l'absent, et que, d'autre côté, il est possible aussi que ceux qui se présentent, émettent aussitôt des prétentions qui lui soient contraires; dans cette double prévoyance, le législateur a spécialement chargé le ministère public de veiller aux intérêts des absents, et de conclure dans toutes les causes qui les concernent. (Art. 114 C. c.)

(*a*) Nous ne partageons pas l'opinion de l'auteur, et nous pensons que les héritiers présomptifs de l'absent peuvent provoquer les mesures conservatoires dont il s'agit. En effet, si la disparition se prolonge, et que l'absence soit déclarée (V. art. 115), le droit des héritiers à l'envoi en possession se trouvera avoir pris naissance du jour de la disparition de l'absent ou de ses dernières nouvelles, (V. art. 120); de sorte que si ces héritiers étaient décédés postérieurement à ces dernières nouvelles, mais avant la déclaration d'absence, ils transmettraient à leurs propres héritiers le droit à l'envoi en possession des biens de l'absent. Les héritiers présomptifs de celui-ci n'ont pas seulement une simple espérance non transmissible, mais une sorte de droit conditionnel; ce qui suffit pour qu'ils soient rangés dans la classe des *parties intéressées* dont parle l'article 112.

§ 3.

Quel est le Tribunal compétent pour statuer sur les questions relatives à la présomption d'absence ?

Avant de pourvoir à l'administration des biens, dit M. Tronchet, il faut juger le fait de la prévention d'absence; or, il ne peut l'être bien que là où l'individu est connu, c'est-à-dire, au lieu de son domicile. Ce n'est pas au lieu de la situation des biens, dans lequel souvent il n'a jamais paru, qu'on peut décider s'il doit être réputé absent. Il serait scandaleux d'exposer un citoyen qui n'aurait pas quitté sa demeure, à voir ses biens séquestrés dans un autre département (1) (*a*).

La prévention d'absence est une question d'état qui ne peut être soumise qu'au Tribunal du dernier domicile de l'absent, puisque la règle générale prescrit cette marche pour toutes les questions de cette espèce, et qu'il serait plus particulièrement dangereux de s'en écarter dans ce cas-ci que dans tout autre.

On doit, à cet effet, présenter au président de ce Tribunal une requête; y joindre les pièces et docu-

---

(*a*) Une rédaction fut en effet adoptée dans ce sens à la séance du 12 frimaire an x; mais comme elle ne se retrouve pas dans le Code, elle n'est pas érigée en loi. Le Tribunal de la situation pourrait donc, dans le cas d'urgence absolue, ordonner les mesures nécessaires, bien qu'il n'y eût encore aucune décision rendue par le Tribunal du domicile.

(1) Voyez dans Locré, tom. 1, pag. 554.

ments à l'appui. Ce magistrat commet un juge pour en faire son rapport au jour indiqué, et le jugement de prévention d'absence est prononcé après avoir entendu le procureur du Roi (1).

Mais, lorsqu'il a été déclaré en principe, par ce Tribunal, qu'il y a lieu à prendre quelques mesures conservatoires des intérêts de la personne dont l'absence lui a été dénoncée, c'est plutôt au Tribunal de la situation des biens, qu'on doit s'adresser, pour pourvoir aux simples faits d'administration, parce qu'alors la mesure tient plutôt du possessoire et de l'action réelle, que de l'action purement personnelle.

§ 4.

Mesures prescrites pour la conservation des droits acquis à l'absent.

Les mesures dont nous allons parler sont applicables, ainsi que nous l'avons déjà énoncé, soit aux *absents* proprements dits, soit aux *non présents*, non pas également et dans tous les cas, mais suivant que la position particulière de chacun d'eux peut l'exiger.

Tout absent qui n'est ni déclaré ni dénoncé comme tel, peut être assigné à son dernier domicile, et l'on procède valablement contre lui par défaut, s'il ne se présente dans les délais prescrits; parce que le créancier ne devant point souffrir d'un fait qui lui est étranger, peut alors faire abstraction de l'absence de son débiteur.

---

(1) Voyez l'art. 859 du Code de proc.

La loi ne doit son intervention qu'à l'égard de l'absent qui est dénoncé comme tel aux organes de la justice, et qui se trouve dans l'impossibilité reconnue de pourvoir lui-même à ses intérêts.

Lorsqu'un homme a été légalement constitué en présomption d'absence, dans les formes indiquées au paragraphe précédent; lorsqu'il est constant et avéré qu'il n'a plus ni domicile ni résidence connus, l'exploit de l'assignation qu'on veut lui notifier doit être affiché à la principale porte de l'auditoire du Tribunal où la demande est portée, et une seconde copie doit être donnée au procureur du Roi, spécialement chargé de veiller aux intérêts des absents (1).

S'il existe une succession dans laquelle l'absent présumé ait des intérêts, le Tribunal doit, à requête de la partie la plus diligente, commettre un notaire pour le représenter dans les comptes, liquidations et partages à faire (art. 113 C. c.); et s'il y avait plusieurs absents, un seul notaire devrait être commis, pour les représenter tous ainsi que les parties défaillantes (2). Inventaire du mobilier doit être fait aussi par-devant notaire (3); mais celui qui a été délégué pour représenter les absents et défaillants, ne peut instrumenter dans cette opération, ni dans les autres qui en seraient la suite.

---

(1) Voyez art. 69, § 8 du Code de proc.

(2) Voyez art. 928, 931 et 942 du Code de proc.

(3) Voyez art. 943 du Code de proc.

Pour être définitifs, les partages et licitations dans lesquels il y a des absents intéressés, doivent être faits en justice, avec toutes les formalités requises pour les partages et licitations de biens de mineurs (art. 838, 839 et 840 C. c.); la part de mobilier échue à l'absent, doit être, si ses intérêts l'exigent, vendue pour l'acquit de ses dettes, ou pour en faire tout autre emploi avantageux.

Telles sont les circonstances seules dans lesquelles la loi prescrit ce que l'on doit faire pour l'intérêt des absents. Dans tout autre cas, s'il y a nécessité de pourvoir à l'administration de ses biens, en lui nommant un curateur soit pour gérer quelques affaires urgentes, soit pour prévenir l'insolvabilité de ses débiteurs en les poursuivant, ou pour empêcher la prescription de s'accomplir contre lui en faisant des actes conservatoires; s'il faut pénétrer dans son domicile, pour y faire quelque recherche; s'il faut recueillir les fruits de ses héritages, mettre ses denrées hors de péril, soustraire ses meubles à un dépérissement imminent, le Tribunal d'arrondissement doit y statuer après avoir entendu le procureur du Roi, suivant que les circonstances lui paraîtront l'exiger, sans être astreint par la loi à adopter aucune autre mesure que celles qui seront jugées absolument nécessaires, parce que les absents peuvent en général être dans des hypothèses si différentes, qu'il aurait été impossible de prévoir ce qui peut être le plus convenable à la position de tous en particulier. (Art. 112 C. c.)

L'un est dit absent par cela seul qu'il n'est pas présent, quoiqu'il existe dans un département voisin, d'où il peut facilement venir ou envoyer un fondé de pouvoir.

L'autre existe dans les colonies d'où il a donné de ses nouvelles; mais, soit par rapport à son éloignement, soit par rapport à la difficulté des communications, il ne peut être ni promptement ni sûrement averti, et il se trouve hors d'état de pourvoir lui-même à ses intérêts du moment, et d'envoyer assez promptement une procuration sur les lieux.

Un troisième est absent de son domicile, sans qu'on connaisse le lieu de sa retraite : son existence est même incertaine, quoiqu'elle ne soit pas méconnue, si l'on veut, par les parties intéressées; on ne peut donc avoir aucune relation avec lui; il peut être lui-même dans l'impossibilité absolue d'envoyer une procuration pour se faire représenter.

Enfin, celui-ci a laissé un fondé de pouvoir sur les lieux, l'autre n'en a point laissé : celui-là n'a que des propriétés indivises, cultivées et administrées par des communiers qui sont en état de lui rendre compte lors de son retour; celui-ci, au contraire, a tout laissé à l'abandon, dans son domicile, et personne n'est chargé de soigner ses biens; un autre n'avait rien quand il est parti, mais dès-lors il lui est échu une succession qu'il faut recueillir et administrer.

On voit par là que ce qui serait sagement ordonné dans un cas, ne pourrait pas convenir à un autre,

puisque les circonstances de l'absence varient jusqu'à l'infini, et que c'est uniquement à ce qu'elles exigent que le juge doit se conformer dans ce qu'il décrète.

Un Tribunal peut ordonner qu'il sera nommé un curateur à l'absent qui se trouve dans l'impossibilité de pourvoir lui-même à l'administration de ses biens; mais cette mesure sagement prise pour un absent dont on ignore la retraite, ou même pour un homme reconnu existant dans les colonies, et dont le patrimoine et les affaires seraient tels qu'il y eût nécessité de les confier aux soins d'un administrateur; cette mesure, disons-nous, ne serait plus qu'illégale et vexatoire à l'égard d'une personne simplement non présente sur les lieux où elle posséderait des propriétés. Il n'y aurait pas seulement de l'injustice, mais de l'absurdité, par exemple, à constituer quelqu'un en curatelle, par la seule raison qu'il lui écherrait une succession dans un département, tandis qu'il résiderait notoirement dans un autre.

§. 5.

Conséquences qui résultent de l'état de l'absent présumé sur les droits éventuels qui peuvent le concerner.

Quoique l'existence d'un absent soit incertaine, si elle est reconnue, son état ne met point obstacle à l'exercice des droits éventuels qui peuvent lui échoir, puisqu'il est considéré comme vivant et par conséquent comme capable de recueillir, par les parties qui auraient intérêt à l'écarter.

Mais lorsqu'il y a incertitude sur la vie, et que l'existence de l'absent présumé n'est pas reconnue, s'il s'agit ou d'exercer contre lui un droit subordonné à la condition de son décès, ou de revendiquer de sa part un droit subordonné à la condition de sa survie, on doit, dans le premier cas, se décider par cette maxime, *in pari causâ possessor potior haberi debet*, et dans le second, par cette autre, *actoris est probare*.

Il résulte de là que si l'absent, lors de son départ, était revêtu d'un droit d'usufruit ou d'un bail à vie, son fondé de pouvoir, son curateur ou ses créanciers devraient être admis à en percevoir les émoluments, tant que le propriétaire du fonds ne prouverait pas la mort de l'absent, parce qu'une fois mis en possession et saisi du droit de jouir, il doit être maintenu jusqu'à ce qu'il soit prouvé que la condition du décès est arrivée.

Par la même raison, le mari dont la femme est absente ne peut être forcé, par les héritiers de celle-ci, à la restitution de la dot, parce qu'ayant un droit acquis de conserver cette jouissance jusqu'au décès de son épouse, ce serait aux héritiers, comme demandeurs, à produire, par la preuve de ce décès, un titre qui fît disparaître celui du mari.

C'est ainsi encore que, dans le cas d'une donation inofficieuse faite par un homme devenu ensuite absent, elle ne pourrait être réduite au préjudice du donataire saisi, sans que le décès du donateur fût prouvé par les héritiers de la réserve. (Art. 920 C. c.)

Mais dans le cas contraire, lorsqu'il s'agit de l'exercice d'un droit subordonné à la condition de survie de l'absent, c'est à celui qui intente la demande en son nom, à prouver qu'il a survécu, parce que quiconque réclame le droit échu à un individu dont l'existence n'est pas reconnue, doit préalablement établir que cet individu existait quand le droit a été ouvert, sans quoi il est non recevable dans sa demande. (Art. 135 C. c.)

Il résulte de là, que dans le cas où une pension viagère aurait été constituée au profit d'un homme devenu absent ensuite, le fondé de pouvoir qu'il aurait laissé sur les lieux, ni ses créanciers ne pourraient demander au débiteur les termes qui auraient couru dès la disparition de l'absent, qu'en prouvant son existence à chaque échéance, parce que les droits viagers ne s'ouvrent qu'au profit de celui qui est existant. (Art. 1983 C. c.)

Il en résulte encore que, s'il s'ouvre une succession à laquelle soit appelé même un absent présumé, dont l'existence n'est pas reconnue, elle est exclusivement dévolue à ceux avec lesquels il aurait eu le droit de concourir, ou à ceux qui l'auraient recueillie à son défaut (Art. 136 C. c.) ; parce que, pour succéder, il faut et survivre au défunt, et vouloir se porter héritier, et que l'une et l'autre de ces conditions manquent à l'égard de celui dont l'existence est aussi incertaine que la volonté.

Un fondé de pouvoir ne pourrait même l'engager

dans une acceptation d'hérédité, sans un mandat spécial, qu'il serait difficile de faire résulter d'une procuration donnée avant l'absence.

Lorsqu'il s'agit de mesures à ordonner sur les biens de l'absent, le Tribunal doit préalablement estimer s'il y a nécessité, et vérifier, d'après les documents qui lui sont fournis, si c'est le cas de considérer l'homme comme en présomption d'absence, parce que ce n'est pas le lendemain de son départ, mais seulement lorsqu'on commence à douter de son retour à temps utile, qu'il est permis de pourvoir à l'administration de ses biens. S'il en était autrement, la protection de la loi serait elle-même nuisible à l'absent, et personne n'oserait quitter sa demeure, s'il pouvait craindre que, sans nécessité, ses secrets domestiques fussent aussitôt violés, en pénétrant dans son domicile, sous prétexte de le servir, et peut-être dans la vue réelle de lui nuire; mais lorsqu'il s'agit de recueillir une succession, ce n'est plus l'intérêt seul de l'absent qu'on doit consulter : l'héritier qui est présent a ses droits à faire valoir, et comme sa vocation est constante, puisqu'elle est dans la loi, il n'a rien à prouver; il lui suffit que l'absent ne se présente pas, parce qu'en matière de succession l'on ne considère que celui qui se présente pour recueillir.

L'absent n'est cependant pas exclu, dans un sens absolu, de toutes successions ouvertes postérieurement à son départ : s'il reparaît ou qu'on prouve sa survie, l'action en pétition d'hérédité lui reste acquise ainsi

qu'à ses successeurs ou ayants-cause (art. 137 C. c.), et elle n'est prescrite qu'au bout de trente ans (art. 2262 C. c.) ; jusque-là il peut revendiquer les biens de la succession entre les mains de l'héritier qui s'en était emparé, même révoquer les aliénations qui auraient été faites (art. 1599 C. c.) : mais les remboursements de créance versés de bonne foi entre les mains de cet héritier seraient valables dans l'intérêt des débiteurs (art. 1240 C. c.) ; néanmoins, l'absent ne recouvre pas les fruits perçus de bonne foi par les possesseurs. (Art. 138 C. c.)

Vainement opposerait-on à cette doctrine que l'article 113 du Code, en déclarant que le Tribunal commettra un notaire pour représenter le présumé absent dans *les inventaires, comptes et partages*, paraît supposer que les successions doivent s'ouvrir à son profit, même après sa disparition.

La disposition de cet article reçoit son application pour les partages de successions échues à l'absent avant son départ, ou même pour celles qui seraient ouvertes depuis, si les parties intéressées consentaient à reconnaître l'existence de l'absent.

Mais, dira-t-on encore, ce système de rigueur envers l'absent présumé, peut être d'une injustice extrême, car il en résulterait que si une succession était ouverte dès le lendemain d'un embarquement, ou du départ d'un militaire pour l'armée ; les autres héritiers, en méconnaissant son existence, excluraient le militaire ou le marin, et gagneraient au moins les

fruits perçus jusqu'à son retour, ou jusqu'à la réception de ses nouvelles.

Sans doute on ne pourrait empêcher les héritiers présents, d'entrer seuls en possession de l'hérédité, jusqu'à ce que l'absent reparaisse ou qu'on ait eu de ses nouvelles ; mais il ne résulte pas de là que des parents avides qui se porteraient à méconnaître l'existence de l'absent, sans avoir encore aucun motif raisonnable d'en douter, dussent être considérés, dès l'instant même, comme possesseurs de bonne foi. La question du rapport des fruits et levées, qui est le seul point sur lequel l'absent puisse être lésé, reste donc tout entière dans le domaine du juge.

SECTION II.

De la déclaration d'absence.

Quelles sont les personnes recevables à provoquer la déclaration d'absence ?

A quelle époque peut-on la demander ?

Quel est le Tribunal compétent pour la prononcer ?

Dans quelle forme doit-on y procéder ?

§ 1er.

Des personnes recevables à provoquer la déclaration d'absence.

Toutes parties intéressées sont recevables à provoquer la déclaration d'absence d'un citoyen (art. 115 C. c.) (*a*).

(*a*) Peu importe que celui qui a disparu soit ou ne soit pas *citoyen*.

Quand il faut prendre des mesures à l'égard de l'absent présumé, les parties recevables à les provoquer, doivent avoir un intérêt précédemment acquis, parce qu'il ne s'agit pas d'intervertir l'ordre de choses qui existe; c'est pourquoi nous avons remarqué que la qualité d'héritier présomptif ne suffit point, en ce cas, pour se dire *partie intéressée* (*a*); mais lorsqu'on arrive à la déclaration d'absence, qui doit provisoirement donner lieu à des gains de survie, comme il s'agit d'établir un nouvel ordre de choses, duquel résulteront des droits qui n'existaient point précédemment, ceux-là se trouvent *parties intéressées* au profit desquels ces droits nouveaux seront acquis, parce qu'ils ont intérêt à en provoquer l'ouverture.

Ainsi, l'héritier présomptif de l'absent, son légataire universel ou particulier, son époux, le propriétaire du fonds sur lequel il a un bail à vie ou un droit d'usufruit, et toute autre personne qui aurait à exercer sur ses biens quelques droits subordonnés à la condition de son décès, peuvent demander la déclaration d'absence, comme *parties intéressées* (*b*).

(*a*) Nous avons déjà dit que nous pensions, contrairement à l'opinion de l'auteur, que les héritiers présomptifs avaient qualité pour provoquer des mesures conservatoires pendant la période de présomption d'absence (V. p. 257).

(*b*) Nous admettons avec l'auteur que les légataires universels ou particuliers peuvent provoquer la déclaration d'absence. On pourrait en douter à vue de l'article 123, qui semble supposer que le

§ 2.

A quelle époque peut-on demander la déclaration d'absence ?

Lorsque l'absent n'a point laissé de fondé de pouvoir, on peut, au bout de quatre ans (art. 115 C. c.),

---

testament de l'absent ne peut être ouvert qu'après que les héritiers ont obtenu l'envoi en possession. En effet, cet envoi en possession n'est qu'une conséquence de la déclaration d'absence ; donc, peut-on dire, les légataires n'étant connus qu'à la suite de cette déclaration, ne pourront jamais avoir la faculté de la provoquer. Mais nous répondrons que l'article 123 suppose le fait le plus ordinaire, c'est-à-dire, l'envoi en possession effectué sur la demande des héritiers. Si on prenait cet article à la lettre, et comme restrictif, tous les ayants-droit seraient obligés d'attendre que les héritiers eussent demandé l'envoi en possession, sans pouvoir les prévenir à cet égard. Or évidemment cela est faux, puisque les ayants-droit ou intéressés peuvent provoquer *la déclaration d'absence*, qui ne leur est utile que comme devant entraîner à leur profit l'envoi en possession (V. art. 115). Donc l'art. 123 n'a qu'un sens très énonciatif et non un sens restrictif.

Si le testament est secret, c'est-à-dire olographe ou mystique, il faut bien admettre que ceux qui ont de justes sujets de se croire institués légataires dans le testament de l'absent, peuvent obtenir du tribunal que le testament soit ouvert, afin qu'ils puissent agir en conséquence.

Il est évident que les créanciers n'ont aucun intérêt à demander la déclaration d'absence, puisqu'ils peuvent faire nommer des administrateurs, et diriger contre eux leurs actions. Ils ont au contraire intérêt à ce que l'absence ne soit pas déclarée ; car elle emportera pour l'absent la perte d'une partie de ses revenus (art. 127), et souvent elle entraînera le morcellement de ses biens, et par conséquent

à dater de ses dernières nouvelles, commencer la procédure en déclaration d'absence, parce qu'on doit penser qu'il espérait un prompt retour, en omettant la précaution de pourvoir à ses affaires; mais s'il a laissé une procuration, ce n'est qu'après dix années révolues depuis la disparition ou les dernières nouvelles (art. 121 C. c.), qu'il est permis de former cette demande, lors même que la procuration aurait cessé auparavant (art. 122 C. c.), soit par la mort ou la renonciation du fondé de pouvoir, ou autrement, parce qu'au moyen des précautions ainsi prises, l'absent a pu se croire dispensé de donner de ses nouvelles. Et pendant tout cet intervalle, même durant le temps plus ou moins long qu'on peut laisser écouler avant de procéder à la déclaration d'absence, ses biens doivent être administrés, ou par le fondé de pouvoir s'il en existe un, ou, à son défaut, de la manière que le Tribunal d'arrondissement l'aura réglé, d'après ce que nous avons dit sur la présomption d'absence (*a*).

---

pour les créanciers eux-mêmes, la division de leurs créances. On ne comprend donc pas pourquoi l'article 11 de la loi du 13 janvier 1817, sur les militaires absents, a rangé les *créanciers* parmi les parties intéressées qui peuvent se pourvoir en déclaration d'absence.

Quant au ministère public, il est évident qu'il ne peut demander la déclaration d'absence; car cette mesure est, comme on vient de le dire, désavantageuse pour le présumé absent. Bien plus, le ministère public est le contradicteur légitime de la demande en déclaration d'absence. (V. art. 114).

(*a*) I. Pour fixer le point de départ des quatre ans ou des dix ans,

§ 3.

Quel est le Tribunal compétent pour prononcer la déclaration d'absence?

La déclaration d'absence fait naître un nouvel ordre de choses; elle donne lieu à l'ouverture provisoire de

---

faut-il examiner l'époque où les lettres arrivent à leur destination, ou bien la date de ces mêmes lettres? Pour la première opinion, on dit que l'absent a pu arranger sa correspondance, de manière à ce qu'on reçût périodiquement des lettres de lui avant l'expiration des délais déterminés par la loi; 2° on se fonde sur le texte de l'art. 115 qui dit: *lorsqu'on n'en aura point de nouvelles*, etc. Mais en faveur de la deuxième opinion, on fait remarquer: 1° qu'il résulterait du premier système, qu'après un long temps, une demande en déclaration d'absence serait arrêtée parce qu'on produirait une lettre de la date la plus ancienne, mais qui, par des accidents divers, ne serait arrivée que depuis moins de quatre ans ou de dix ans à partir des dernières nouvelles; 2° que l'article 120 accorde l'envoi en possession à ceux qui étaient héritiers présomptifs au jour des dernières nouvelles, et par conséquent suppose que l'absent est mort précisément à cette époque, parce que l'on n'a aucune preuve qu'il ait existé postérieurement; d'où il résulte qu'on entend par *nouvelles*, la manifestation que l'absent fait de son existence, et non l'époque où cette manifestation vient se révéler aux personnes auxquelles il écrit; 3° que ce système n'offre aucun inconvénient, puisque le tribunal peut, suivant les circonstances, différer de déclarer l'absence. (art. 117).

II. Nous avons à faire sur le même alinéa une seconde remarque. Les articles 121 et 122 ne doivent pas être placés où ils se trouvent dans le Code. Ces deux articles devraient suivre l'article 115, puisqu'ils traitent, non *des effets de l'absence*, mais de *la déclaration*

la succession de l'absent; sous ce rapport (art. 110, 822 C. c.), comme encore parce que c'est une question d'état purement personnelle, elle ne peut être dévolue qu'au Tribunal d'arrondissement du dernier domicile de l'absent (Art. 116 C. c.) (*a*).

---

d'absence. On peut expliquer la place de ces articles par la discussion du Code. En effet, d'après une opinion qui n'a pas été admise, mais dont il est resté des traces dans la rédaction, l'existence de la procuration ne retardait pas la déclaration d'absence, mais bien l'envoi en possession qui en résulte.

III. La procuration doit être relative à des objets d'assez haute importance, pour qu'elle puisse être considérée comme indiquant chez la personne qui l'a donnée, l'intention de s'absenter pour longtemps. C'est là une question de fait laissée à l'appréciation des Magistrats.

Quand même la procuration serait donnée pour plus de dix ans, la déclaration d'absence pourrait être demandée après dix années écoulées sans qu'on ait reçu de nouvelles. Il ne peut dépendre de la personne qui a disparu, d'arrêter ainsi par sa volonté l'effet des lois sur la déclaration d'absence et l'envoi en possession. D'ailleurs comment le manque complet de nouvelles pendant dix années, ne ferait-il pas regarder comme très-vraisemblable le décès de l'absent ?

(*a*) Nous avons déjà dit que les actions relatives à l'état des personnes n'étaient point des actions que l'on pût appeler *personnelles*, dans le sens technique de ce mot; car on entend par action personnelle, l'action qui tend à faire reconnaître que le défendeur est tenu d'une obligation. L'action qui tend à faire reconnaître l'état d'une personne est plutôt une action réelle, nonobstant la rédaction de l'article 59 du Code de pr. En effet, cet article ne se réfère pas à toutes les actions réelles, mais seulement aux actions réelles immobilières.

C'est d'ailleurs là que ses relations de résidence, ses liaisons de parenté et d'alliance, ses rapports d'indérêts, d'amitié et de connaissances, indiquent qu'on peut le plus sûrement informer sur son sort.

§ 4.

Formes de procéder.

On doit d'abord s'adresser au Tribunal en lui exposant, par requête présentée au président, les faits relatifs à l'absence, et lui demander la permission de faire enquête sur la disparition, le manque de nouvelles et l'incertitude du sort de l'absent.

Le Tribunal, en statuant sur cette demande, doit avoir égard aux motifs de l'absence, s'ils sont connus, et aux causes qui ont pu empêcher d'avoir des nouvelles de l'absent présumé (art. 117 C. c.), en sorte qu'il devrait déclarer n'y avoir lieu, *quant à présent*, à accueillir la demande, si les circonstances de fait lui fournissaient de justes motifs de la refuser.

Si, au contraire, il n'existe aucun fait assez grave pour renvoyer la demande à une époque plus reculée, le Tribunal doit l'accueillir; mais il ne peut y statuer, sans avoir ordonné une enquête préalable (art. 116 C. c.), à moins qu'il ne résulte de la production de l'extrait de naissance de l'absent, qu'il s'est écoulé cent ans depuis qu'il est venu au monde. (Art. 129 C. c.)

L'enquête doit être faite contradictoirement avec le procureur du Roi, c'est-à-dire, que ce magistrat

peut lui-même requérir contre-enquête et faire entendre des témoins de son côté.

Si l'absent avait une résidence différente de son domicile, située dans un autre arrondissement, on doit aussi faire enquête, dans les mêmes formes, par-devant le Tribunal de cette résidence, en exécution du jugement préparatoire rendu par celui du domicile (art. 116 C. c.) (*a*).

Le jugement qui permet de faire enquête doit être aussitôt envoyé, par le procureur du Roi, au Ministre de la Justice chargé de le rendre public. (Art. 118 C. c.)

Suivant les principes du droit commun, la parenté n'est pas une cause de récusation de témoins dans les questions d'état; c'est pourquoi les témoins qui doivent concourir aux actes de l'état civil, peuvent être indifféremment parents ou étrangers : nous croyons qu'il en doit être de même ici, parce que dans la question d'état d'absence, comme dans toutes les autres, les parents sont toujours les mieux informés (*b*); néanmoins il est sensible que ceux qui provoqueraient la déclaration d'absence, ou qui devraient directement en profiter, ne pourraient être témoins dans leur propre cause.

(*a*) Pour cela, le tribunal du lieu du domicile adresserait une commission rogatoire au tribunal du lieu de la résidence. (V. C. pr., art. 1035).

(*b*) Il est à regretter que la loi n'ait nulle part mentionné cette

Les enquêtes étant faites, les choses restent en cet état, en attendant que l'absent, averti par la publicité de la procédure, puisse faire connaître son existence; mais s'il continue à garder le silence, et qu'au bout d'une année, à dater du jugement préparatoire, il n'ait point reparu, et qu'on n'en ait point eu de nouvelles, le demandeur se représente par-devant le Tribunal du dernier domicile, qui prononce la déclaration d'absence (Art. 119 C. c.) (*a*).

SECTION III.

Des effets de la déclaration d'absence.

La déclaration d'absence change entièrement l'ordre de choses préexistant : elle opère des effets multipliés, soit relativement à la personne, soit relativement aux biens de l'absent, et à la dévolution qui en

---

exception aux règles établies en matière d'enquête. Nous pourrons même aller plus loin, et dire qu'il est fâcheux qu'on ait admis dans le Code de pr. un système légal de reproches relativement à certains témoins. Suivant nous, il eût été préférable de s'en rapporter au discernement et à la sagacité du Juge, en lui laissant le soin d'apprécier et de peser la valeur de chaque témoignage. Aussi, n'admettons-nous pas la proposition suivante de l'auteur, qui se montre, dans un certain sens, plus restrictif que le législateur lui-même, en excluant le témoignage de tous ceux qui doivent directement profiter de la déclaration d'absence. La loi ne dit rien de pareil.

(*a*) Toutefois, le tribunal peut, suivant les circonstances, refuser de prononcer actuellement le jugement de déclaration d'absence. (V. art. 117).

est provisoirement faite entre les mains d'autres personnes, ce qui nous donne lieu d'examiner les questions suivantes :

Quel est l'état de l'absent déclaré ?

Quelles sont les personnes recevables à demander l'envoi en possession provisoire de ses biens ?

Sur quels biens peut porter cet envoi en possession ?

Quelles sont les formalités pour y parvenir ?

Quels sont les droits et charges des possesseurs ?

Quels sont les effets de l'envoi en possession relativement à ceux qui auraient à revendiquer quelques libéralités de l'absent, ou autres droits subordonnés à la condition de son décès ?

§ 1er.

État de l'absent déclaré.

Dans la période de présomption d'absence, la vie ou la mort de l'absent sont également incertaines, et aucune n'est plus présumée que l'autre; mais la procédure instruite pour parvenir à la déclaration d'absence, vient troubler cet équilibre.

Dès que l'absent n'a pas répondu à l'invitation solennelle et publique qui lui a été faite; dès qu'il a gardé le silence; dès qu'il a laissé prononcer sa déclaration d'absence, sans que ni lui, ni autres personnes aient donné des indications sur son sort, la conséquence qui en résulte, c'est qu'on doit cesser de le regarder comme vivant, parce que la présomption de mort domine sur son état; il est donc provisoirement présumé mort.

Il est présumé mort, puisque la loi ouvre sa succession à ses héritiers, et que *non datur viventis haereditas*.

Il est présumé mort, puisqu'on met à exécution les dispositions testamentaires qu'il a voulu lui-même n'avoir d'effet qu'après son décès.

Il est présumé mort, puisque la loi veut que tous ceux qui ont sur ses biens, des droits subordonnés à la condition de son décès, puissent les exercer. (Art. 123 C. c.)

Il est présumé mort, puisqu'il y a lieu à la répétition de la dot, s'il a été marié sous le régime dotal (Art. 124 C. c.) (*a*).

Il est présumé mort, puisque la loi ne permet plus de le mettre personnellement en qualité de cause. (Art. 134 C. c.)

Cette présomption n'est cependant que provisoire, puisqu'elle n'opère que provisoirement les effets dont nous venons de parler.

Elle cesse par le fait, lorsque l'absent vient à reparaître ou à donner de ses nouvelles ; elle cesse aussi dans le droit, lorsque l'époux présent et commun en

---

(*a*) Peu importe que l'absent ait été marié sous le régime dotal ou sous un autre ; il y a lieu dans tous les cas à la répétition de la dot, qui est, sous le régime de communauté ou le régime de non-communauté comme sous le régime dotal, le bien que la femme apporte au mari pour supporter les charges du mariage. (V. art. 1540).

biens opte pour la continuation de la communauté, parce que cette option, ainsi que nous le verrons plus bas, met obstacle aux divers effets que la loi attache à cette présomption de mort.

Pour saisir la véritable idée qu'on doit avoir de cette présomption, et apprécier avec justesse l'étendue des effets qu'elle opère, il faut observer que, par la déclaration d'absence, le législateur a voulu mettre un terme au délaissement où sont jusque-là les propriétés de l'absent : « Il est nécessaire, dit M. » Tronchet, de régler le sort des biens qui sont là » et qui forment le patrimoine actuel de l'absent ; il » faut ou les déclarer vacants, ou les mettre sous le » séquestre. Il est utile à l'absent que le séquestre de » ses biens soit déféré à ceux qui ont le plus d'inté- » rêt à les conserver : c'est pourquoi, après un cer- » tain temps, on accorde l'envoi en possession à ses » héritiers. (1) » L'orateur du Gouvernement, M. Bigot-Préameneu, s'explique de même dans les motifs exposés au corps législatif : « Lorsque, d'une part, » dit-il, les biens se trouveront dans l'abandon de- » puis cinq années ; lorsque, de l'autre, toutes les » recherches possibles sur l'existence de l'absent » auront été faites, et tous les moyens de lui transmet- » tre des avis auront été épuisés, la déclaration d'ab- » sence ne pourra plus laisser d'inquiétude : elle ne

(1) Voyez dans M. Locré, tom. 1er, pag. 610 et 611, et dans les procès-verbaux du Conseil d'état, tom. 1er, pag. 198.

» saurait être dès-lors, aux yeux du public, qu'un » acte de conservation fondé sur une nécessité con- » stante, et pour l'absent lui-même, un acte de pro- » tection qui a garanti son patrimoine d'une perte » qui devenait inévitable (1). » Le premier mobile du législateur a donc été de pourvoir, de la manière la plus efficace, à la conservation et à l'entretien des propriétés de l'absent qui peuvent être restées incultes et abandonnées, pendant tout le temps de la présomption d'absence.

Pour parvenir à ce but, il a considéré que les héritiers présomptifs, étant plus intéressés à conserver des biens qu'ils peuvent être appelés à recueillir, devaient préférablement être choisis pour dépositaires-administrateurs de ces biens; et par la même raison, il a voulu que les légataires fussent aussi préférés, dans le cas où l'absent aurait laissé un testament.

Mais cet intérêt éloigné ne lui a pas paru être un motif suffisant pour engager les héritiers et les légataires à se charger du fardeau de l'administration du patrimoine de l'absent, et à pourvoir à son entretien avec assez de soins; c'est pourquoi il a voulu que cette régie leur fût avantageuse, par la conservation d'une partie des revenus : « L'existence de l'absent, qui » chaque année devient plus incertaine, dit encore » M. Bigot-Préameneu, les malheurs que les héritiers

---

(1) Voyez encore dans M. Locré, tom. 1er, pag. 613, et dans les procès-verbaux du Conseil d'état, tom. 2, pag. 475.

» peuvent éprouver, l'accroissement du dépôt, la
» continuité des soins qu'il serait injuste de laisser
» aussi long-temps sans aucune indemnité, le refus
» qui serait fait d'une charge aussi pesante; tous ces
» motifs ont fait décider, qu'après un certain temps,
» les héritiers doivent profiter des revenus. »

Il résulte de là, que la présomption de mort de l'absent déclaré n'opère directement ses effets que dans l'intérêt soit de l'absent, soit de ceux qui sont appelés à recueillir provisoirement ses biens pour les conserver sous le bénéfice d'une partie des revenus, puisque c'est uniquement l'avantage respectif des uns et des autres, que le législateur a eu en vue en prescrivant la déclaration d'absence et décrétant les effets qu'elle opère.

Ces observations ne sont pas sans utilité; nous en indiquerons l'application dans la suite.

§ 2.

Personnes recevables à demander la possession provisoire des biens de l'absent déclaré.

Lorsqu'un homme a disparu, et que toutes les informations prises sur son existence ne tendent qu'à faire penser qu'il n'est plus, la présomption de mort qui devient prédominante sur son état, nous reporte nécessairement au moment de la disparition ou des dernières nouvelles, soit parce qu'il n'y a aucune preuve qu'il ait vécu depuis, pour balancer la présomption contraire, soit parce qu'il serait impos-

sible de se rattacher à aucun fait probant, pour fixer une autre époque précise à son décès présumé.

Ce sont donc les héritiers présomptifs au jour de la disparition ou des dernières nouvelles (art. 120 C. c.), et non ceux qui occuperaient le premier rang de la successibilité au temps de la demande en déclaration d'absence, qui doivent obtenir la possession des biens.

Il résulte de là, que s'il s'agit de parents collatéraux, même à l'égard desquels le droit de représentation n'ait pas lieu, le plus éloigné au temps de la déclaration d'absence, ne doit pas être exclu par les plus proches, lorsque son auteur aurait concouru avec ceux-ci, ou les aurait exclus, si la succession avait été ouverte par le décès arrivé au temps du départ.

Supposons, par exemple, qu'au jour de la disparition les plus près parents de l'absent aient été deux cousins, et que l'un d'eux soit mort depuis laissant des enfants : si l'on considérait la parenté au temps de l'envoi en possession, les enfants du prédécédé seraient exclus, comme étant à un degré plus éloigné; mais en reportant la présomption de mort au temps du départ, leur père est considéré comme ayant été saisi et leur ayant transmis ses droits.

Il résulte encore de cette rétroactivité qui nous reporte au moment du départ, qu'il n'est pas toujours nécessaire d'être personnellement héritier naturel de

l'absent, pour demander l'envoi en possession de ses biens.

Supposons, en effet, qu'au moment de sa disparition, l'absent n'ait laissé qu'un frère pour plus proche héritier présomptif, et que ce frère soit décédé depuis, mais après avoir nommé un étranger pour son légataire universel : dans cette hypothèse, aucuns parents de l'absent ne pourraient demander l'envoi en possession au préjudice du légataire universel de son frère, puisque, d'une part, n'ayant pas eu la qualité d'héritiers présomptifs au jour de la disparition, qualité à laquelle seule la loi attache le droit de demander la possession, ils seraient non-recevables à y prétendre ; tandis que, d'un autre côté, en reportant à cette époque l'ouverture de la succession, le frère qui en aurait été saisi, l'aurait nécessairement transmise à son légataire.

§ 3.

Sur quels biens peut porter l'envoi en possession?

Dès que l'absent est présumé mort au moment de sa disparition ou de ses dernières nouvelles, et qu'on reporte, à cette époque, l'ouverture provisoire de sa succession, il en résulte qu'on n'y peut comprendre que les biens qu'il avait alors, et la loi le prononce ainsi. (Art. 120 C. c.)

Cette vérité nous fournit une nouvelle preuve de ce que nous avons dit plus haut, qu'on ne peut, au nom de celui dont l'existence n'est pas reconnue, ne fût-

il qu'en simple présomption d'absence, réclamer aucun droit dans une succession ouverte depuis son départ ou ses dernières nouvelles, soit parce que la présomption du décès se reporte à cet instant, et que les morts ne succèdent pas ; soit parce que la loi qui ouvre provisoirement son hérédité, la bornant aux seuls biens qu'il avait au jour de sa disparition, suppose nécessairement qu'aucun droit éventuel n'en a dès-lors augmenté la masse.

Il résulte encore de cette disposition du Code, que si, depuis le départ de l'absent, il s'est ouvert une succession dans le partage de laquelle les parties intéressées aient consenti à l'admettre, le lot qui lui a été dévolu, peut être iépété, au moins après la déclaration d'absence, par les héritiers qui avaient consenti à ce qu'il lui fût adjugé, s'ils sont autres que ceux envoyés en possession; parce que, d'une part, la loi borne les droits de ces derniers aux biens que l'absent avait le jour de sa disparition, et que, d'autre côté, on ne trouverait ni les formes d'une donation dans l'acte de partage, ni l'intention de donner dans les copartageants, ni la capacité de recevoir dans le mort présumé.

§ 4.

Formes requises pour l'envoi en possession.

Muni du jugement qui a déclaré l'absence, l'héritier présomptif doit se représenter pardevant le Tri-

bunal qui l'a rendu, pour en obtenir un autre qui l'envoie en possession des biens de l'absent (*a*).

C'est du même Tribunal que doit émaner ce jugement, soit parce qu'il n'est que comme une suite et une exécution de celui rendu en déclaration d'absence, soit parce qu'il s'agit ici d'une succession provisoire à l'égard de laquelle le dernier domicile du défunt présumé fixe la compétence du juge (art. 110 C. civ.).

Le jouissant provisoire étant comptable, en cas que l'absent reparaisse, on doit, après avoir obtenu le jugement d'envoi en possession, faire inventaire du mobilier et des titres, en présence du procureur du Roi, ou d'un juge de paix qu'il aura requis d'y paraître en son nom. On doit aussi liquider les fruits et revenus échus jusqu'alors, et faire rendre compte au curateur s'il y en a eu un, ou à tout autre administrateur, pour constater le montant du patrimoine mobilier.

A vue de ces inventaires et liquidations, la cause reportée au Tribunal, il ordonne, s'il y a lieu, la vente du mobilier, pour le prix en provenant, joint au montant des revenus liquidés, être employé au profit de l'absent, soit en acquittant ses dettes, soit en faisant quelques acquisitions en son nom.

Quant aux immeubles, ceux qui en ont obtenu la

(*a*) A la rigueur, un seul jugement pourrait contenir à la fois la déclaration d'absence et l'envoi en possession.

possession, peuvent, pour leur propre sûreté, requérir que l'état en soit constaté par un expert nommé par le Tribunal, dont le rapport sera homologué contradictoirement avec le procureur du Roi (art. 126 C. c.) : faute de cette expertise, dont les frais pèsent sur les biens de l'absent, le possesseur provisoire serait naturellement censé les avoir reçus en bon état, et chargé de la preuve de leur dégradation au temps de son entrée en jouissance, suivant le plus ou moins grand intervalle qu'elle aurait duré (art. 1731 C. c.).

§ 5.

Des droits et charges des possesseurs et héritiers provisoires.

Ceux qui ont obtenu la possession provisoire peuvent être considérés sous deux aspects différents, c'est-à-dire, ou comparativement à l'absent, ou par rapport à des tiers qui auraient quelques droits à exercer sur ses biens.

Comparativement à l'absent, le possesseur provisoire, héritier présomptif ou autre, n'est qu'un dépositaire-administrateur-intéressé (art. 125 C. c.), qui doit donner caution, pour sûreté de son administration (art. 120 et 123 C. c.), et qui ne peut aliéner ni hypothéquer les immeubles (art. 128 C. c.), que pour cause de nécessité et en vertu de jugement (art. 2126 C. c.), comme lorsqu'il s'agit des biens des mineurs ou des interdits (*a*).

(*a*) I. Nous admettons sans difficulté que les envoyés en posses-

Si l'absent reparaît avant quinze ans révolus dès le jour de sa disparition, on lui doit compte du cinquième des revenus; s'il ne reparaît qu'après quinze

---

sion provisoire peuvent, en vertu de jugements qui les y autorisent, hypothéquer les biens de l'absent; mais doit-on, comme le fait l'auteur, fonder cette solution sur la disposition de l'article 2126? Pour motiver ainsi le droit attribué aux Juges d'autoriser une constitution d'hypothèque conventionnelle, on a fait remarquer que l'article 2126 est placé sous la rubrique *des hypothèques conventionnelles;* d'où l'on a conclu que le jugement dont parle l'article, est un jugement qui confère aux envoyés en possession la faculté de constituer *par convention* une hypothèque sur les immeubles de l'absent. Mais, d'un autre côté, on pourrait objecter que c'est là argumenter trop subtilement de la place qu'occupe l'art. 2126; on pourrait soutenir que, dans cet article, le législateur n'a voulu que renvoyer aux dispositions générales sur l'hypothèque judiciaire, et nullement trancher une question controversable en matière d'absence. Quoi qu'il en soit, nous pensons qu'on peut très-bien, même en faisant abstraction de l'article 2126, reconnaître aux Juges le droit d'autoriser les envoyés en possession provisoire à hypothéquer les biens de l'absent. En effet, on peut raisonner de la manière suivante : pendant la période de présomption d'absence, le tribunal peut ordonner toutes les mesures que la nécessité commande dans l'intérêt du présumé absent; or si le tribunal a des pouvoirs pareils dès les premiers temps qui suivent la disparition, à plus forte raison les conserve-t-il à une époque plus éloignée, où la mort est devenue beaucoup plus probable.

II. Nous ferons une seconde remarque sur cet alinéa. Le mot *dépôt* employé par la loi et répété par l'auteur, nous paraît peu exact; le dépôt n'emporte que l'obligation de garder et de restituer. Il y a plutôt ici mandat légal et salarié. C'est ce qu'exprime le mot *comptables* qui se trouve dans le même article 125.

ans, on ne lui doit compte que du dixième des revenus ; mais après trente ans on ne lui doit compte que du capital, et dans ce cas tous les fruits ou revenus échus pendant la possession légale, cèdent au possesseur (art. 127 C. c.) (*a*).

Comparativement à des tiers qui auraient des droits à faire valoir sur les biens de l'absent, tout envoyé en possession devient leur contradicteur légitime, et ce n'est plus que contre lui qu'ils peuvent agir (art. 134 C. c.), dès le moment qu'il y a eu jugement de déclaration d'absence.

L'envoi en possession est l'image de l'hérédité déférée à titre universel ; elle comprend donc tout l'actif du patrimoine : ceux qui l'obtiennent doivent conserver et rendre compte ; ils peuvent donc et doivent même procurer le recouvrement des créances sur les débiteurs ou tous administrateurs qui les auraient précédés ; comme c'est contre eux seuls que les créanciers de l'absent doivent à l'avenir diriger leurs

---

(*a*) L'article 127, 2e alinéa, dit : « Après trente ans d'absence, la totalité des revenus leur appartiendra. »

On voit que, suivant l'auteur, les trente ans courent à partir du jour de la disparition ou des dernières nouvelles, et non à partir du jour de la déclaration d'absence. En effet, 1° il n'est pas naturel que la loi, dans le deuxième paragraphe de l'article 127, prenne un autre point de départ que celui qu'elle a adopté dans le premier; 2° le mot *absence* a quelquefois dans ce titre et notamment dans la rubrique de la section 2, un sens large qui embrasse même la simple présomption d'absence.

demandes ; les héritiers provisoires ont donc activement et passivement toutes les actions de l'absent, telles que celles en partage des biens qu'il aurait laissés indivis avec d'autres copropriétaires (art. 817 C. c.); d'où il résulte que, comparativement à des tiers, ils ne peuvent plus être considérés comme simples dépositaires, parce que le dépositaire n'a point les actions du maître (*a*).

(*a*) I. L'auteur a raison de dire que le dépositaire n'a pas les actions du maître. Mais de cela seul que la loi donne à l'envoyé en possession l'exercice de l'action en partage, il ne faudrait pas conclure qu'il est considéré comme propriétaire ; en effet, un mandataire peut très-bien être chargé d'exercer les actions qui appartiennent à une autre personne. De ce que l'envoyé en possession provisoire exerce les actions comme mandataire, il résulte tout naturellement que la chose jugée contre l'envoyé sera également jugée contre l'absent. Toutefois nous devons faire remarquer, que les envoyés en possession provisoire se trouvent avoir plaidé uniquement pour leur compte, dans le cas où ni l'absent ni ses héritiers les plus proches à l'époque de son décès (Comp. art. 130) ne se représentent, pour revendiquer les biens compris dans l'envoi en possession.

II. Tant que dure l'absence, les tiers pourront considérer l'absent comme étant mort à compter des dernières nouvelles, et par conséquent si l'absent était une personne en faveur de laquelle la prescription était suspendue (V. Code c. 2252 et suiv.), cette suspension ne pourrait être opposée aux tiers, sauf à l'absent à l'invoquer plus tard s'il venait à se représenter. En effet, réclamer du chef de l'absent une cause de suspension, serait réclamer un droit appartenant personnellement à un individu dont l'existence n'est pas reconnue, ce qui ne peut avoir lieu aux termes de l'article 135. Mais réciproquement, si l'absent était une personne contre laquelle cou-

Néanmoins la qualité de comptable envers l'absent, à quelque époque qu'il reparaisse; cette qualité que les héritiers possesseurs conservent indéfiniment, a une influence nécessaire sur leurs droits à l'égard des créanciers : il est impossible de leur appliquer la maxime *semel haeres non desinit esse haeres*, puisqu'ils peuvent toujours être évincés, même après l'envoi en possession définitif; d'où il résulte que ce n'est que comme possesseurs, et non comme héritiers, qu'ils peuvent être poursuivis par les créanciers de l'absent, et qu'en conséquence ils ne peuvent jamais être tenus *ultra vires* (*a*).

D'ailleurs, ce n'est qu'après avoir obtenu l'envoi en possession, et stipulé avec la justice les obligations qui en dérivent, qu'ils doivent faire inventaire (art. 126 C. c.); la loi leur tendrait donc un piége s'ils

---

rait la prescription, et que l'envoyé en possession fût une personne privilégiée contre laquelle la prescription ne court pas, la prescription serait suspendue à son profit pendant la durée de l'absence. En effet, l'envoyé en possession agit en son nom seul, tant que dure l'envoi. Seulement s'il était prouvé plus tard que l'absent a continué à vivre depuis sa disparition jusqu'à une époque déterminée, il serait reconnu que la prescription n'a pas été suspendue, et a continué à courir jusqu'à cette même époque.

(*a*) On n'aperçoit pas quelle corrélation existe entre la maxime *semel hæres semper hæres*, et la règle d'après laquelle l'héritier est tenu *ultrà vires*. En effet, l'héritier bénéficiaire est héritier d'une manière indélébile, et cependant il n'est tenu que jusqu'à concurrence des forces de la succession. (V. art. 802.)

pouvaient être tenus au-delà des forces du patrimoine, par un engagement pris avant d'avoir pu les connaître (*a*).

Mais, quelle est la nature de l'action que les créan-

(*a*) Cet argument ne nous paraît pas convaincant. En effet, de ce qu'on assimilerait l'envoyé en possession à l'héritier, il ne suivrait point qu'on dût lui refuser le droit d'user du bénéfice d'inventaire en faisant au greffe la déclaration prescrite par la loi (V. art. 793). En d'autres termes on ne pourrait pas, en le plaçant dans la position d'un héritier ordinaire, lui enlever la faculté d'accepter sous bénéfice d'inventaire, et le soumettre ainsi à des rigueurs auxquelles l'héritier lui-même n'est pas soumis. La loi qui aurait fait l'assimilation dont il s'agit, *ne tendrait donc pas un piège* à l'envoyé en possession.

Mais au fond nous sommes de l'opinion de l'auteur, et nous pensons que l'inventaire dont la loi impose la nécessité à l'envoyé en possession, sert à déterminer jusqu'à concurrence de quelles valeurs il peut être tenu. Cet inventaire étant fait, on ne voit point le motif qui porterait à décider que l'envoyé en possession est obligé *ultrà vires*. La confection de l'inventaire suffisait à l'héritier dans les pays de droit écrit, pour lui conférer le bénéfice d'inventaire; et s'il ne suffit plus aujourd'hui, si le Code civil exige en outre une déclaration formelle faite au greffe du tribunal, c'est que notre droit actuel est imprégné des traditions du droit coutumier, où l'on admettait des principes assez subtils sur la continuation de la personne, principes qui ne doivent point être étendus à d'autres matières. C'est ainsi qu'on décide généralement que le successeur irrégulier n'est pas tenu *ultrà vires;* et on se fonde précisément sur ce qu'il est tenu de faire un inventaire, que les créanciers, avertis par la publicité de la demande d'envoi en possession, peuvent venir surveiller et contrôler. (V. art. 769 et suiv.)

ciers exercent contre l'héritier présomptif envoyé en possession provisoire? est-elle personnelle? est-elle seulement réelle? peut-on le poursuivre personnellement comme un héritier ordinaire? doit-on seulement diriger l'action sur les biens dont il est possesseur?

Il est héritier par provision; il est donc personnellement obligé, tant que dure sa possession, puisqu'il représente l'absent, sous un titre universel; et la loi le suppose ainsi quand elle déclare que toute personne qui aura des droits à exercer *contre l'absent*, ne pourra les poursuivre que *contre ceux* qui auront été envoyés en possession des biens (*a*).

Dans les principes de la jurisprudence française, le donataire universel est personnellement tenu des dettes du donateur (1), quoiqu'il n'ait point la qualité d'héritier : le possesseur provisoire des biens de l'absent doit, à plus forte raison, être aussi personnellement obligé envers les créanciers, puisque c'est

---

(*a*) La disposition de loi dont l'auteur argumente, et qui est celle de l'article 134, ne nous paraît nullement décisive. En effet l'article dit seulement que les créanciers devront exercer leurs poursuites contre les envoyés en possession. Mais ces envoyés seront-ils poursuivis même sur leurs propres biens, ou seulement sur les biens de l'absent? C'est ce que l'article ne nous dit nullement; tout roule ici sur le sens équivoque du mot *représenter*.

(1) Voyez dans Furgole, sur l'art. 17 de l'ordonnance de 1751, tom. 1, pag. 132.

sous la qualité d'héritier présomptif qu'il jouit des biens de l'absent et qu'il le représente.

L'action dont il s'agit a donc le caractère de celle appelée dans le droit romain *personalis in rem scripta*, et elle ne s'étend pas au-delà des biens possédés par le débiteur provisoire : semblable à l'action *de peculio*, qui est aussi une action personnelle, et qui néanmoins est bornée à la valeur du pécule trouvé entre les mains du débiteur (*a*).

(*a*) L'action telle que l'auteur la considère, peut être comparée assez exactement à l'action *de peculio ;* mais non pas, suivant nous, à celle que l'on a appelée *actio personalis in rem scripta*. On trouve dans un texte du Digeste ces mots, *actio in rem scripta* (V. L. 9, § 8, D. *quod metûs causa* etc., IV. 2), employés pour indiquer que l'action personnelle appelée *quod metûs causa* était donnée (*scripta*) par le préteur, *in rem*, c'est-à-dire, suivant le génie de la langue latine, *d'une manière générale et absolue ;* en ce sens que l'action en restitution compétait à la personne violentée, bien que le défendeur n'eût été ni l'auteur ni le complice de la violence. Or tout cela n'a rien de commun avec la division des actions en *réelles* et *personnelles*.

Cette observation étant faite, examinons en elle-même la question posée par l'auteur, et qui est celle-ci : le créancier de l'absent ne peut-il exercer son droit que sur les biens de ce dernier, en sorte que l'envoyé ne doive être considéré à son égard que comme simple administrateur? ou bien peut-il indifféremment l'exercer sur le patrimoine de l'absent et sur celui de l'envoyé en possession, *jusqu'à concurrence de la valeur des biens laissés par l'absent?* Les résultats différents auxquels doit conduire l'une et l'autre solution ont été parfaitement définis par Pothier dans son traité *de la*

Les créanciers peuvent donc agir par action personnelle contre l'envoyé en possession, comme contre un héritier, puisqu'il en a provisoirement la qualité ; et

---

communauté (nº 737), où il compare la position de l'héritier bénéficiaire et de la femme commune en biens qui a fait inventaire.

« Le bénéfice d'inventaire, dit-il, donne à l'héritier le droit de n'être pas tenu sur ses propres biens des dettes de la succession, et de renvoyer les créanciers à se pourvoir sur les biens de la succession, dont l'héritier n'est considéré vis-à-vis des créanciers, que comme administrateur. Il n'en est pas de même du privilége que la coutume accorde à la femme lorsqu'elle a accepté la communauté. Il ne lui donne pas le droit de n'être tenue que jusqu'à concurrence des biens de la communauté. La femme peut donc être poursuivie sur ses propres biens....., tant qu'elle retient quelque chose des biens de ladite communauté. Elle ne peut donc être déchargée qu'en rendant compte aux créanciers de tout ce qu'elle en a eu, et en abandonnant ce qui lui reste. »

Suivant M. Proudhon, l'envoyé en possession est tenu comme la femme commune en biens, et non comme l'héritier bénéficiaire. Cette décision n'est point sans difficulté. Il paraît bien dur de soumettre l'envoyé à être poursuivi sur ses propres biens, même en lui accordant le droit de se libérer par l'abandon des biens de l'absent. Sa position est bien différente de celle d'une femme mariée en communauté ; car celle-ci peut, au préalable, faire inventaire pour savoir si elle veut accepter la communauté ou y renoncer, et par conséquent s'éclairer sur les forces de cette communauté avant de consentir à être poursuivie sur ses biens jusqu'à concurrence de son émolument (V. art. 1483). La loi suppose au contraire que le jugement d'envoi en possession précède l'inventaire ; ainsi, dans le système de l'auteur, il faut dire que les envoyés en possession provisoire peuvent être, en cette qualité, poursuivis sur leurs propres

de là il résulte que les titres exécutoires contre l'absent doivent être aussi exécutoires contre l'héritier envoyé en possession, et que, suivant l'article 877 du Code, ces titres doivent lui être notifiés huit jours avant qu'on ne les mette à exécution.

§ 6.

Des effets de l'envoi en possession provisoire relativement à ceux qui ont à revendiquer sur les biens de l'absent quelques droits subordonnés à la condition de son décès.

L'article 123 du Code civil porte que « *lorsque les* » *héritiers présomptifs auront obtenu l'envoi en* » *possession provisoire*, le testament, s'il en existe » un, sera ouvert à la réquisition des parties intéressées, ou du procureur du Roi près le tribunal ; et » les légataires, les donataires, ainsi que tous ceux » qui avaient sur les biens de l'absent, des droits subordonnés à la condition de son décès, *pourront*

---

biens immédiatement après que l'envoi a été ordonné. Remarquons en outre que la femme commune en biens étant en quelque sorte l'associée du mari, et profitant indéfiniment d'une partie des gains de la communauté, c'était déjà pour elle une grande faveur de n'être pas également tenue *in infinitum*, sur ses propres biens, d'une part correspondante du passif ou des dettes de cette même communauté.

Enfin l'article 125, d'après lequel la possession provisoire confère à l'envoyé *l'administration des biens de l'absent*, semble le placer dans une position identique à celle d'un héritier bénéficiaire, qui a l'administration des biens de la succession (Comp. art. 803).

» *les exercer provisoirement*, à la charge de donner » caution. »

Il résulte de cet article que, si l'absent était usufruitier, fiduciaire (*a*), locataire à vie de quelques biens lors de son départ, l'envoi en possession donne aussi provisoirement ouverture au fidéicommis et au droit du propriétaire de rentrer dans la jouissance du fonds grevé d'usufruit ou du bail à vie. Sauf de la part de celui qui obtient cette jouissance, l'obligation de restituer à l'absent le cinquième ou le dixième des revenus, en cas qu'il reparaisse dans les quinze ou trente ans, comme lorsqu'il s'agit de l'héritier présomptif qui a obtenu la possession des biens. (Art. 127 C. c.)

Mais l'exercice des droits éventuels dont nous parlons ici, est-il tellement subordonné à l'envoi en possession provisoire de l'héritier présomptif, qu'il ne puisse avoir lieu lors même que cet héritier refuserait de le demander? Supposons, par exemple, que l'absent ait institué contractuellement un héritier dans

---

(*a*) Nous ferons remarquer que les expressions *fiduciaire* et *fidéicommis* ne se trouvent pas dans le Code civil. On y emploie le mot *substitution* pour désigner ce qui, chez les Romains, est un fidéicommis à charge de rendre en mourant les biens qu'on a reçus. La personne que les Romains appelaient *fiduciaire* est désignée par le Code sous le nom de *grevé*. Au reste, l'auteur, en se servant de l'expression générale de *fidéicommis*, n'entend parler que du fidéicommis en vertu duquel le grevé est tenu à sa mort de restituer les biens (V. les art. 1048 et suiv., liv. 3, tit. 2, chap. 6; et la loi du 17 mai 1826, sur les substitutions).

tous ses biens ; ou que, par un testament public, il ait nommé un légataire universel, l'héritier présomptif qui ne verrait rien pour lui dans le patrimoine de l'absent, s'abstiendrait sans doute de demander la possession des biens, parce qu'il se trouverait obligé de les transmettre de suite à l'héritier contractuel ou au légataire universel ; serait-il donc maître de paralyser ainsi les actions et les droits de ceux-ci ?

Et s'il n'y avait point de parents successibles qui pussent demander l'envoi en possession, faudrait-il que le testament ou la donation restassent perpétuellement sans effet ? (*a*).

Nous croyons qu'il faut faire ici une distinction.

S'il s'agit de légataires non universels, ou même d'un légataire universel en concurrence avec l'héritier de la réserve, lesquels légataires doivent toujours demander la délivrance à l'héritier de la loi (art. 1004 et 1011 C. c.), l'exercice de leurs droits est nécessairement subordonné à l'envoi en possession de celui-ci ; mais alors il n'y a pas lieu de craindre un refus

---

(*a*) Lors même que l'absent n'aurait pas de parents, on ne serait pas réduit à l'impossibilité dont parle l'auteur; car les mots *héritiers présomptifs* doivent comprendre même les *successeurs irréguliers* ; c'est-à-dire, même le conjoint survivant et l'Etat (V. art. 767 et 768). Il y aura donc toujours un ayant-droit quelconque, et dans ce titre même, on voit que l'attention de la loi s'est portée sur les *successeurs irréguliers*. (V. art. 140).

de sa part, parce qu'on ne peut le présumer être l'ennemi de ses intérêts (*a*).

Si l'absent n'a point d'héritier ayant droit de réserve, et qu'il ait nommé un légataire universel, l'héritier présomptif doit encore être appelé, parce qu'il a intérêt à combattre le testament; mais s'il n'en contredit pas les dispositions, il nous paraît que son refus de demander l'envoi en possession ne doit pas être un obstacle à ce que le légataire universel puisse l'obtenir lui-même.

(*a*) Nous pensons que, même dans ce cas, les légataires n'ont pas un droit subordonné à la détermination que peut prendre l'héritier présomptif. L'article 123 suppose ce qui arrive le plus ordinairement; c'est-à-dire, que les héritiers présomptifs demandent l'envoi en possession. Mais, comme nous l'avons dit plus haut (V. note *b*, pag. 269), cet article n'est pas restrictif, et il est impossible d'admettre que l'inaction des héritiers puisse empêcher les autres parties intéressées de demander l'envoi en possession. Ce qui le prouve, c'est l'article 115, qui permet d'une manière générale *aux parties intéressées* de demander la déclaration d'absence, laquelle n'est utile qu'afin d'arriver à l'envoi en possession.

L'auteur prétend qu'un refus n'est pas à craindre de la part de l'héritier qui a intérêt. Mais d'abord cet héritier présomptif peut, ou ne pas bien comprendre son intérêt, ou le négliger; et il n'est pas juste que les légataires souffrent de son erreur ou de sa négligence. En outre, les legs même non universels peuvent, par leur nombre ou leur importance, absorber toute la masse des biens. Enfin on peut supposer que l'administration de tous les biens a été confiée à l'héritier, ou qu'il s'en est emparé; cas dans lesquels il aimera mieux en conserver la totalité à ce premier titre, que d'en remettre une portion aux légataires, en acquérant le nouveau titre d'envoyé en possession.

1° Il serait difficile de penser que le législateur eût voulu accorder des droits certains à ce légataire universel, et que la loi souffrît une hypothèse où l'héritier présomptif pût, sans intérêt pour lui-même, mettre obstacle à leur exercice.

2° Il est certain que l'envoi en possession provisoire a été décrété aussi pour l'avantage de l'absent lui-même, afin que ses biens ne dépérissent pas par un abandon trop prolongé, comme nous l'avons prouvé plus haut : on ne doit donc pas accorder à son héritier présomptif la faculté de paralyser arbitrairement cette protection de la loi, pour nuire aux intérêts du légataire universel.

3° Dès que le jugement en déclaration d'absence est prononcé, l'absent étant présumé mort, ne peut plus être personnellement en qualité de cause; c'est pourquoi tous ceux qui ont des droits à exercer contre lui, ne peuvent plus les poursuivre que contre ceux qui auront été envoyés en possession (Art. 134 C. c.) : or, il n'est pas possible d'admettre une hypothèse dans laquelle ses créanciers ne puissent trouver de contradicteur légitime; donc le refus de l'héritier présomptif ne doit point écarter le légataire universel de la possession des biens *(a)*.

(*a*) Ce dernier argument est sans valeur; car les créanciers, en faisant nommer un curateur conformément à l'article 112, pourront toujours se procurer un *contradicteur légitime*.

SECTION IV.

Des droits de l'époux de l'absent.

L'époux de l'absent peut être envisagé soit par rapport à son état personnel, soit relativement à ses enfants s'il en a, soit enfin sous le rapport de ses intérêts pécuniaires.

§ 1er

État personnel de l'époux de l'absent.

L'absence ne porte aucune atteinte aux liens du mariage qui unit les époux ; et comme la bigamie est un crime ; que nulle circonstance sur les probabilités de la mort d'un époux ne pourrait justifier l'autre de s'exposer à le commettre, il est défendu à l'époux présent de contracter un nouveau mariage, sans avoir la preuve légale du décès de l'absent.

Le mariage ainsi contracté serait nul, si l'absent n'était pas décédé au moment où il aurait été célébré ; mais si l'incertitude de la mort d'un des époux ne doit jamais suffire pour autoriser l'autre à contracter une nouvelle union, la même incertitude ne doit pas suffire non plus pour troubler un mariage qui aurait été ainsi contracté ; c'est pourquoi l'époux absent est seul recevable à attaquer ce mariage par lui-même, ou par un fondé de pouvoir muni de la preuve de son existence (art. 139 C. c.).

Nous croyons, néanmoins, que cette décision du Code n'est applicable qu'au cas où il y aurait eu déclaration d'absence, avant le second mariage, parce

que l'époux présent pourrait alors être de bonne foi, ce qu'il ne serait pas possible de supposer dans le simple état d'absence présumée. D'ailleurs, les auteurs du Code n'ont point confondu la dénomination d'*absent* avec celle d'*absent présumé ;* ils ont toujours soigneusement évité de prendre l'une de ces expressions pour l'autre, et l'on voit qu'ils n'ont limité l'exercice de l'action en nullité dont il s'agit ici, qu'à l'égard de l'*absent* seulement, sans parler du *présumé absent ;* d'où il faut conclure que, dans le cas d'un nouveau mariage contracté avant la déclaration d'absence, toutes parties intéressées, et même le procureur du Roi (art. 184 C. c.), pourraient l'attaquer, au moins pendant la présomption d'absence, et avant que la déclaration en eût été prononcée.

OBSERVATIONS.

L'article 139 dans sa combinaison avec l'article 184 a donné lieu aux plus graves difficultés.

I. L'auteur, transcrivant l'article 139, pense qu'il ne peut recevoir son application au cas de simple présomption d'absence ; dans ce cas, dit-il, on doit appliquer l'article 184, et donner l'action en nullité du mariage à toute personne intéressée, au moins tant que dure la présomption d'absence.

Nous ne pouvons partager cette opinion ; nous admettons au contraire dans toute son étendue le principe posé d'abord par l'auteur, et qui consiste à dire que l'incertitude de la mort de l'un des époux ne doit pas suffire pour troubler le nouveau mariage contracté par l'autre ; en d'autres termes, que ce mariage ne peut être annulé par la seule raison qu'on a eu tort de le contracter, dans l'incertitude où l'on était de la vie ou de la mort de l'absent. Ceux qui attaquent le mariage contracté par un époux après la disparition de l'autre, doi-

vent dans tous les cas prouver que l'absent était vivant lors du second mariage, en d'autres termes, prouver la bigamie.

II. Les articles 184, 187 et 190 sont-ils applicables au nouveau mariage de l'époux présent, lorsque plus tard il est prouvé que ce second mariage a été contracté du vivant de l'absent?

La négative est admise d'une manière plus ou moins absolue dans deux systèmes :

Dans le premier système, le mariage dont il s'agit ne peut être attaqué que par l'époux qui était absent, en sorte que l'article 188 est seul applicable, et non pas l'article 184. Tel est bien, il faut en convenir, le sens littéral que paraît présenter l'article 139. Mais les objections les plus graves peuvent être présentées contre ce système. Le premier mariage n'étant pas annulé, l'époux présent aurait deux femmes ou deux maris, ce qui entraînerait, quant à la présomption de paternité, les conséquences les plus bizarres et les plus absurdes.

Dans un deuxième système, on dit que l'article 139 ne doit pas être entendu à la lettre; que les rédacteurs de cet article n'ont pensé qu'à écarter l'action des collatéraux, ou des enfants du premier lit, et n'ont aucunement voulu exclure l'action du ministère public, dont le but est de faire cesser le scandale. Ainsi l'article 190 restera applicable. En outre, chacun des nouveaux époux et peut-être même leurs ascendants auront l'action en nullité. Ce système a été exposé, par M. Demante, dans une livraison de l'Encyclopédie de Droit de MM. Sebire et Carteret. (V° *Absence.*)

Nous n'admettrons aucun de ces systèmes, et nous croyons que du moment où l'absent reparaît ou que son existence est certaine, les règles spéciales établies pour le cas d'absence doivent cesser d'être observées, et qu'on doit appliquer l'article 184. Cette opinion, enseignée par M. Delvincourt, nous paraît complétement justifiée par les discussions du Conseil d'Etat.

Dans le projet présenté à la séance du 4 frimaire an X, l'art. 26 était ainsi conçu :

« L'absence de l'un des époux, quelque longue qu'elle soit, ne » suffira point pour autoriser l'autre à contracter un nouveau ma-

» riage ; il ne pourra y être admis que sur la preuve positive du » décès de l'autre époux. »

Cet article fut adopté sans difficulté. L'article suivant (27) était ainsi conçu :

« Si néanmoins il arrivait qu'il eût été contracté un nouveau mariage, il ne pourra être dissous *sous le seul prétexte de l'incertitude de la vie ou de la mort de l'absent*, et tant que l'époux ne se représentera pas ou ne réclamera point par un fondé de procuration spéciale muni de la preuve positive de l'existence de cet époux.

Aucune critique ne s'éleva contre ce dernier article, si ce n'est qu'un membre se plaignit de ce qu'on semblait prévoir la possibilité d'un mariage nouveau contracté par l'époux présent; on craignait que la loi ne parût *autoriser ouvertement* ce mariage (V. l'opinion de MM. Bérenger et Thibaudeau).

M. Tronchet vint alors déclarer que les deux articles ne faisaient qu'ériger en loi les belles maximes de l'avocat-général Gilbert des Voisins, lequel disait : « L'incertitude de la mort de l'un des époux ne doit jamais suffire pour contracter un mariage nouveau ; mais elle ne doit jamais suffire aussi pour troubler un mariage contracté. »

Malgré ces explications, on trouva que l'article prévoyait trop expressément le cas d'un second mariage, et le Consul Cambacérès proposa *d'effacer l'article* 26, *d'énoncer d'abord la disposition de l'article* 27, *et de rédiger ainsi la fin de l'article* 27 : « Néanmoins, » si l'époux absent se représente, le mariage sera déclaré nul ; » et la discussion fut close en ces termes : *la proposition du Consul Cambacérès est adoptée.*

On voit bien nettement que l'unique principe qu'on ait voulu établir dans notre article, c'est que le mariage contracté par l'époux présent ne peut être annulé *sous le seul prétexte de l'incertitude de la vie et de la mort de l'absent.* Si la rédaction indiquée par Cambacérès avait été purement et simplement reproduite, aucun doute ne pourrait s'élever, la seconde partie de l'article disant expressément que *si l'absent se représente*, le mariage *sera déclaré nul.* Dès qu'il devenait certain que l'absent était vivant, on retombait sous

l'empire des règles ordinaires, sur la nullité du mariage contracté en contravention à l'article 147.

M. Thibaudeau chargé de la rédaction n'a voulu qu'abréger la rédaction présentée par le consul Cambacérès. Cela ressort évidemment du procès-verbal; car après avoir entendu M. Cambacérès, M. Thibaudeau déclare aussitôt qu'il rédigera un article dans ce sens, que l'époux absent pourra seul attaquer le mariage de son conjoint. Et immédiatement ensuite il est dit au procès-verbal : « la proposition du consul Cambacérès est adoptée. »

J'entends donc l'article 139 en ce sens, que tant que l'époux est *absent*, c'est-à-dire tant que son existence est incertaine, lui seul peut attaquer le mariage. En effet, lui seul alors a la connaissance de son existence, lui seul par conséquent est recevable, et par la force même des choses aucun autre ne peut l'être.

III. La fin de l'article 139 relative au *fondé de pouvoir* semble assez inutile ; car c'est une règle générale qu'on peut se faire représenter devant les Tribunaux. Mais les mots *muni de la preuve de son existence* ont embarrassé les interprètes ; en effet la preuve de l'existence de l'absent paraît tout naturellement résulter de la circonstance qu'il a donné un pouvoir.

Nous ne pensons pas qu'on puisse expliquer ces mots d'une manière complétement satisfaisante. Nous nous bornerons à exposer les deux systèmes qui ont été présentés à ce sujet. Dans le premier système, on suppose qu'il s'agit du fondé de pouvoir laissé par l'absent avec charge de le représenter dans toutes ses affaires. Dans cette opinion on expliquerait très-bien comment le fondé de pouvoir devrait être muni de la preuve de l'existence du mandant. Mais il serait difficile de concevoir comment le droit d'intenter une action aussi grave que l'action en nullité d'un mariage, pourrait être comprise dans les limites d'un pouvoir général. En outre, ce pouvoir cessant par la déclaration d'absence, il faudrait admettre que le législateur se serait référé au cas auquel il était le moins naturel de songer, c'est-à-dire au cas de simple présomption d'absence.

Dans le second système, on suppose que la procuration porte une date postérieure au nouveau mariage de l'époux présent, mais qu'elle n'offre point des caractères de certitude assez complets pour constituer la preuve de l'existence de celui à qui elle est attribuée. En effet la preuve légale de l'existence paraît ne pouvoir résulter que d'un acte reçu par officiers publics ayant qualité pour délivrer des certificats de vie, et avec toutes les formalités requises pour ces sortes d'actes. Au contraire un écrit sous seing privé suffit habituellement pour établir qu'un pouvoir a été donné. (V. art. 1985).

L'absence ne changeant point l'état personnel des époux, nous devons en conclure que la femme dont le mari a disparu, ne peut ester en jugement ni contracter sans être autorisée d'office par le juge (art. 222 C. c.), puisque son état d'incapacité reste le même.

Néanmoins après la déclaration d'absence, soit que la femme, optant pour la continuation de la communauté, obtienne l'administration légale des biens mêmes du mari; soit que, préférant la dissolution provisoire de la communauté, elle se trouve envoyée en possession de ses reprises; dans l'un comme dans l'autre cas, le jugement qui lui confère l'administration de ses propres, ou celle des biens de son mari, l'autorise nécessairement d'une manière générale à faire tout ce qui est nécessaire pour administrer, comme lorsqu'il s'agit d'une femme séparée de biens; mais elle ne pourrait ester en jugement, aliéner ou hypothéquer, sans autorisation spéciale donnée par le juge en connaissance de cause.

§ 2.

Des enfants de l'absent.

Si le père a disparu laissant des enfants mineurs issus d'un commun mariage, la mère *devient leur tutrice provisoire,* dès que le mari est en présomption d'absence; elle en a la surveillance et exerce tous les droits du père (art. 141 C. c.), quant à leur éducation et à l'administration de leurs biens : elle peut même, avec l'autorisation de la justice, engager les biens de la communauté pour leur établissement (art. 1427 C. c.) (*a*).

Six mois après la disparition du père, si la mère était décédée lors de cette disparition, ou si elle vient à mourir avant que l'absence du père ait été déclarée,

(*a*) La loi ne dit pas que la mère sera *tutrice provisoire*, et la tutelle entraînant des conséquences rigoureuses, on ne doit pas suppléer sur ce point au silence de la loi. Il n'y aura donc pas lieu à l'hypothèque légale, et il ne sera pas nécessaire de nommer un subrogé tuteur. (V. art. 420 et 2121).

La loi dit que la mère exerce *les droits du père* quant à l'éducation des enfants ; d'où la conséquence que le droit de correction lui appartiendra (V. art. 375 et suiv.) Mais cependant ce droit n'aura pas entre les mains de la mère la même étendue qu'entre celles du père ; et il sera évidemment soumis aux mêmes restrictions que si la mère était veuve (V. art. 381). On ne peut non plus tirer de notre article la conséquence que la mère aurait le droit d'émanciper et de consentir au mariage. Mais on pourrait voir dans l'état prolongé de présomption d'absence l'impossibilité pour le père de manifester sa volonté, ce qui, aux termes de l'art. 149, suffirait pour attribuer à la mère le droit de consentir au mariage.

la surveillance des enfants doit être déférée, par le conseil de famille, aux ascendants les plus proches, et, à leur défaut, à un tuteur provisoire (art. 142 C. c.) (*a*).

Il en est de même dans le cas où l'époux qui a disparu aurait des enfants mineurs issus d'un mariage précédent (art. 143 C. c.).

Nous avons dit que la mère devient *tutrice provisoire* de ses enfants mineurs, dès le moment que le père est constitué en présomption d'absence : cette

---

(*a*) Mais que fera-t-on dans les six premiers mois? On peut argumenter par voie d'analogie des articles 112 et 114. En effet, il nous semble que si la loi n'a rien statué expressément à l'égard des enfants, c'est qu'elle a voulu se référer au droit général conféré au ministère public de requérir, et au tribunal d'ordonner ce que la nécessité commande.

Aussi pendant les six premiers mois, nous aurons recours aux Tribunaux relativement aux mesures de nécessité; après les six mois commencera une administration suivie et régulière qui sera confiée aux personnes désignées par la loi.

Le conseil de famille doit choisir entre les ascendants du même degré; au contraire dans les tutelles légitimes il y a des préférences légales (V. art. 402, 403 et 404). On peut expliquer la diversité de ces règles, en disant que l'hypothèque légale ne frappant pas les biens des ascendants que la loi ne qualifie pas de tuteurs, on a dû donner au conseil de famille le droit de désigner celui des ascendants qui lui paraîtra présenter le plus de garanties.

S'il n'y a pas d'ascendants, le conseil de famille nommera un *tuteur provisoire*. Ici la loi se servant de l'expression de *tuteur*, nous appliquerons les règles de la tutelle, et par conséquent il y aura lieu à l'hypothèque légale et à la nomination d'un subrogé tuteur.

décision est fondée sur les deux dispositions du Code que nous avons citées.

La première porte que la mère aura la surveillance des enfants mineurs, et qu'elle exercera *tous les droits du mari quant à leur éducation et à l'administration de leurs biens ;* les droits du mari, quant à l'éducation et à l'administration des biens de ses enfants mineurs, constituent la tutelle qu'il exerce sur eux : donc la mère qui est provisoirement chargée de l'exercice de ces mêmes droits, est véritablement une tutrice provisoire.

La seconde veut que, dans le cas où la mère serait morte, le conseil de famille nomme aux enfants un *tuteur provisoire ;* elle est donc tutrice provisoire quand elle existe, puisque les fonctions qu'elle remplit sont une tutelle provisoire, lorsqu'à son défaut le conseil de famille les défère à un étranger (*a*).

Il résulte de là que, dans l'hypothèse dont nous parlons, c'est à la mère à représenter ses enfants mineurs dans tous les actes civils (art. 450 C. c.), et à y stipuler pour eux.

Mais a-t-elle besoin de l'autorisation d'office pour les actes dépendant de cette espèce de tutelle (*b*) ?

(*a*) On a déjà vu que nous n'adoptions pas sur ce point l'opinion de l'auteur. (V. p. 306, note *a*.)

(*b*) L'auteur prend les mots *autorisation d'office* dans le sens *d'autorisation donnée par justice*. Nous ferons remarquer que le mot *office* ne se prend guère dans ce sens. On dit qu'un fonctionnaire fait un acte d'*office*, quand il le fait sans y être provoqué par la demande d'un particulier.

Lorsqu'il s'agit d'un mandat ordinaire, la femme peut l'accepter seule et le mettre à exécution, soit parce qu'elle n'oblige directement que celui au nom duquel elle traite, soit sur-tout parce que, si son commettant vient à agir contre elle en vertu du mandat, elle pourra toujours le repousser par l'exception résultant de ce qu'elle n'a pas été autorisée (art. 1990 C. c.) : la négociation renfermée dans le mandat peut donc être très-valablement consommée par la procuratrice, sans que celle-ci reste ni directement ni indirectement obligée; c'est pourquoi il n'est pas nécessaire qu'elle soit autorisée pour mettre à exécution les pouvoirs qui lui ont été donnés par un tiers (*a*).

Il n'en est pas ainsi du mandat renfermé dans la tutelle pour gérer les affaires des mineurs : la qualité de tuteur entraîne nécessairement l'obligation de rendre compte; la responsabilité attachée à cette charge fait que celui qui l'exerce s'oblige toujours au moins indirectement lui-même, puisqu'il est toujours comptable envers ses mineurs; la mère ne pourrait donc repousser leur action par l'exception résultant

---

(*a*) On pourrait exprimer l'idée de l'auteur d'une manière plus simple en distinguant le *pouvoir* donné au mandataire, des *obligations* qui naissent du mandat. La femme peut recevoir une procuration d'un tiers qui la charge de ses affaires; et en vertu de cette procuration, elle a le pouvoir de représenter le mandant qui seul s'oblige ou aliène. Mais la femme ne peut être, à proprement parler, *mandataire* sans être autorisée; car, par le mandat, elle s'oblige envers le mandant, ce qu'elle ne peut faire sans autorisation.

de ce qu'elle n'aurait pas été autorisée comme dans le cas d'un mandat ordinaire, d'où il nous paraît qu'on doit conclure qu'il faut qu'elle demande l'autorisation d'office, chaque fois qu'il s'agit de négociations qui ont quelque importance, et qui sont hors des objets de détail nécessaires à l'administration et à l'entretien intérieurs de la famille.

Mais si, en s'adressant au Tribunal pour faire prononcer la présomption d'absence contre le mari, la mère s'était en même temps fait autoriser généralement pour tout ce qui concerne l'exercice de sa tutelle provisoire, elle pourrait gérer par la suite sans être obligée de recourir à l'autorisation d'office pour chaque acte d'administration, parcequ'une femme peut recevoir une autorisation générale pour administrer (art. 223 C. c.) (*a*).

La mère a donc provisoirement la tutelle des enfants dont le père est absent ; mais a-t-elle aussi sur eux les droits de la puissance paternelle ?

Nous ne le croyons pas, du moins en ce qui touche

(*a*) Tout mandat régulièrement donné entraîne la même responsabilité ; qu'il soit légal ou conventionnel, peu importe ; mais comme nous venons de l'indiquer dans la note précédente, la volonté d'un particulier confère souvent des pouvoirs à celui qui est incapable de s'obliger. Au contraire, la loi ne confère pas de pouvoirs dans l'intérêt d'autrui, à celui qui ne serait pas responsable de ses actes. La femme devenue, aux termes de la loi, *tutrice provisoire,* a donc nécessairement et par là même, le droit de faire tous les actes d'administration qui appartiennent à la tutelle ordinaire.

les intérêts du mari, si ce n'est après la déclaration d'absence.

La tutelle est une charge tout à l'avantage des mineurs : la puissance paternelle, au contraire, est un droit utile sous plusieurs rapports, pour celui qui en est revêtu : l'une n'est donc pas régie par les mêmes principes que l'autre.

Il faut que les enfants ne restent pas abandonnés, sans protecteur pour les représenter et faire valoir leurs droits ; c'est pourquoi la tutelle est aussitôt dévolue à la mère ; mais il n'y a pas la même nécessité de transférer à celle-ci les droits d'usufruit qui n'appartiennent encore qu'au père, en vertu de la puissance paternelle.

Néanmoins, lorsque la déclaration d'absence a été prononcée, et qu'en conséquence tous ceux qui ont à faire valoir sur les biens du mari, des droits subordonnés à la condition de son décès, sont admis à les exercer, nous croyons que la mère peut aussi demander, pour elle, la continuation provisoire de l'usufruit légal qu'il avait, lors de son départ, sur les biens de leurs enfants âgés de moins de dix-huit ans, puisque la loi lui lègue la surveillance de cet usufruit (art. 384 C. c.) (*a*).

(*a*) On doit généraliser ce que dit ici l'auteur, et poser en principe, que les règles établies dans ce chapitre ne sont pas applicables à la période qui suit la déclaration d'absence ; l'article 142 le suppose implicitement. Lorsque l'absence a été déclarée, la mort

§ 3.

Sur les intérêts pécuniaires de l'époux de l'absent.

L'époux de l'absent ne saurait mettre obstacle à la déclaration d'absence demandée par ceux qui peuvent y avoir intérêt (art. 115 C. c.); mais lorsque l'absence est déclarée, et qu'il est question de la possession des biens, l'époux présent a des droits qu'il peut faire valoir sous différents rapports, suivant la position où il se trouve.

Et d'abord, si l'absent n'a point laissé de parents successibles lors de sa disparition, son époux peut demander la possession provisoire de ses biens (art. 140 C. c.), aux droits et charges ordinaires, puisqu'il est regardé comme héritier dans ce cas (art. 767 C. c.) (*a*).

Si l'absent a laissé des parents successibles, et que

---

est devenue légalement probable, et on doit appliquer les règles qu'on appliquerait au cas où réellement la mort aurait eu lieu. A cette époque, par conséquent, la mère sera tutrice; ou bien la tutelle sera conférée aux ascendants suivant l'ordre déterminé par la loi; ou bien enfin il y aura lieu à la tutelle déférée par le dernier mourant des père et mère; l'absence étant toujours considérée comme devant entraîner provisoirement des effets équivalents à ceux du décès.

(*a*) Il y a une inexactitude dans la rédaction de l'art. 140. Lors même qu'il n'y a pas de parents légitimes, s'il existe un ou plusieurs enfants naturels de l'absent, l'époux présent ne peut demander l'envoi en possession. On explique le silence du Code sur ce point, en disant que lors de la rédaction du titre *de l'absence*, on n'était pas fixé sur les droits qu'on attribuait aux enfants naturels.

son mariage ait été contracté sous le régime dotal ou sans communauté (*a*), la déclaration d'absence le constituant en état de mort présumée, ses héritiers sont admis à demander l'envoi en possession de ses biens et à liquider ses droits avec l'époux présent.

Mais si le mariage a été contracté sous le régime communal (*b*), la loi accorde à l'époux présent la faculté d'opter pour la continuation ou la dissolution provisoire de la communauté.

L'option de continuer la communauté fait que l'absent cesse d'être présumé mort, parce qu'on ne peut être associé et mort tout-à-la-fois ; en conséquence l'administration légale de ses biens est dévolue à l'époux présent, et les choses restent dans le même état après l'absence déclarée, que dans le temps de la simple présomption d'absence ; c'est-à-dire, que cette continuation de communauté met obstacle à l'envoi en possession des héritiers et à l'exercice provisoire de tous les droits subordonnés à la condition du décès de l'absent (art. 124 C. c.) ; d'où il résulte que ses héritiers ne seraient pas même admis à demander la possession de ceux de ses biens qui seraient hors de la communau-

---

(*a*) Par l'expression de régime *sans communauté*, l'auteur comprend toutes les clauses exclusives de communauté, et par conséquent la clause de séparation de biens. (V. liv. 3, tit. 5, sect. 9, art. 1529 et suiv.)

(*b*) Le régime que l'auteur nomme régime communal est appelé dans le Code et dans l'usage *régime de la communauté*.

té, puisque l'option de l'époux présent fait cesser la présomption de mort (*a*).

La loi n'accorde qu'à l'époux associé le droit de maintenir cet ancien état de choses, parce qu'elle a voulu que sa faveur fût commune aux deux époux, et qu'il n'y a que le régime communal sous lequel cela puisse être ainsi; car, pour obtenir l'administration légale préférablement aux héritiers, la femme ne peut avoir d'autre titre que sa qualité d'associée; elle ne pourrait donc y prétendre si elle avait été mariée sans communauté, et dès-lors, en demandant le maintien des choses comme auparavant, elle ne solliciterait qu'un état de privation pour elle-même, puisque sa dot ne devrait plus lui être restituée (*b*).

La femme qui opte pour la continuation de la communauté, conserve le droit d'y renoncer ensuite (art. 124 C. c.); elle peut donc restituer le dépôt aux héritiers du mari et se soustraire aux dettes contractées

---

(*a*) Même au cas où l'époux opte pour la continuation de la communauté, il n'est pas exact de dire qu'après l'absence déclarée, les choses restent dans le même état que pendant le temps de la simple présomption d'absence; l'auteur lui-même va signaler les différences qui continuent à séparer les deux périodes. Pour ne citer qu'une de ces différences, nous dirons que l'attribution d'une portion des fruits est faite à l'époux administrateur (V. art. 127); et que rien de semblable n'a lieu avant la déclaration d'absence.

(*b*) Lorsque l'époux présent a le choix d'obtenir l'administration provisoire, l'époux absent trouve aussi un certain avantage dans cet état de choses, car l'administration de tous les biens est ainsi concentrée en une seule main.

par celui-ci, mais non à celles qu'elle aurait elle-même contractées (art. 1494 C. c.), après s'être fait autoriser en justice (art. 222 C. c.). Quant au mari, il ne peut jamais, contre les intérêts des créanciers, renoncer à la communauté; mais nous ne voyons aucune raison qui l'oblige à garder le dépôt vis-à-vis des héritiers de la femme absente (*a*).

(*a*) Il y a ici deux questions qu'il importe de ne pas confondre.

I. La première question est celle de savoir si la femme présente qui a opté pour l'administration légale, pourra plus tard, lorsque cette communauté sera forcément dissoute par la mort bien connue du mari ou par l'envoi en possession définitif (V. art. 1441 1° et 129), *renoncer à la communauté*, c'est-à-dire abandonner sa part dans les biens communs, en se déchargeant de toute contribution aux dettes de la communauté (art. 1453, 1492 et 1494). L'affirmative est évidemment décidée par le second alinéa de notre article 124. La raison de douter pouvait être qu'en principe le droit de renoncer à la communauté appartient à la femme à raison de sa position subordonnée dans la société conjugale, c'est-à-dire parce qu'elle n'a aucune part à l'administration (V. art. 1421); tandis que au contraire elle prend en main l'administration des biens, quand elle opte pour la continuation de la communauté qui existe entre elle et son mari absent.

II. La seconde question est celle de savoir si l'époux présent peut, après avoir d'abord opté pour la continuation de la communauté, abandonner ensuite le bénéfice de cette continuation, et consentir à ce que l'envoi en possession provisoire ait lieu au profit des héritiers ou autres parties intéressées. Cette question, comme on le voit, peut se présenter à l'égard du mari aussi bien qu'à l'égard de la femme.

Pour soutenir que l'époux présent a toujours le droit de revenir

L'époux qui opte pour la continuation de la communauté, ne demandant que la maintenue provisoire

---

sur son option, et de faire cesser la continuation provisoire de la communauté, on argumente de ce principe, qu'il est toujours loisible à chacun de renoncer à un droit introduit en sa faveur. Mais cette raison n'est point démonstrative; car souvent, en droit, celui qui a la faculté d'opter entre deux partis, ne peut plus varier dès qu'une fois il a fait son choix; c'est ainsi que l'héritier qui a accepté la succession ne peut plus la répudier. Et l'on ne peut pas dire que personne n'a intérêt à critiquer ce changement de volonté de l'époux présent; en effet, l'époux absent peut trouver quelque avantage dans la continuation de la communauté qui empêche le morcellement de ses biens. Ne faut-il pas conclure de là que le Tribunal doit refuser d'ordonner l'envoi en possession provisoire dès qu'une fois l'époux présent a opté pour la continuation de la communauté?

Cependant il paraît impossible de ne pas accorder au moins à la femme présente, le droit de renoncer au bénéfice *de la continuation de communauté*, pour laquelle d'abord elle avait cru devoir opter. Dans la première rédaction du titre *de l'absence*, on n'avait pas balancé à concéder à la femme le droit de revenir sur son option. Dans cette rédaction, présentée à la séance du 4 frimaire an x, on s'exprimait ainsi: « La faculté accordée par cet article (l'art. 12) ne nuit point au droit qu'a la femme de renoncer à la communauté, et *d'en demander la dissolution*, même après qu'elle aurait opté pour la continuation. » Il semble bien que dans notre article 124, le législateur a voulu comprendre, dans une rédaction plus générale que l'ancienne, non seulement le droit dont ne parlait pas le projet de renoncer à la communauté dissoute, mais encore le droit expressément mentionné au projet, de renoncer *à la continuation de la communauté* qu'elle avait d'abord demandée et obtenue. — L'auteur paraît au contraire supposer que le seul droit de la femme

d'un droit précédemment acquis, la loi ne l'oblige point à fournir caution (art. 124 C. c.) (*a*); néanmoins

---

est celui *de renoncer à la communauté* quand elle sera dissoute; car il ajoute qu'elle restituera le dépôt aux héritiers du mari et qu'elle ne sera pas tenue des dettes contractées par celui-ci. Nous disons, nous, que la femme, revenant sur son option, pourra dissoudre provisoirement la communauté, et cependant la trouvant avantageuse, l'accepter pour prendre sa part de biens et se charger de la part correspondante de dettes.

En ce qui touche le mari, on peut trouver plus de doute à décider qu'il a le droit de renoncer *à la continuation de la communauté;* car le texte de l'article 124 n'offre aucune induction à tirer sur ce point. Néanmoins il paraît bien raisonnable d'admettre que le mari pourra revenir sur son option, surtout si d'autres personnes se présentent pour demander l'envoi en possession provisoire. La nouvelle détermination du mari satisfera tout le monde, puisqu'elle laissera un libre cours à l'envoi en possession; et il est difficile de dire qu'elle enlève à l'absent un droit acquis, puisque la loi établit au contraire comme règle générale l'envoi en possession des héritiers, et comme un événement exceptionnel, l'obstacle que l'époux présent, commun en biens, met à *l'envoi provisoire.*

Le mari pourra donc demander la dissolution provisoire à laquelle il s'était opposé d'abord. Mais, comme nous l'avons dit plus haut, et comme l'auteur le remarque avec raison, le mari ne pourra *renoncer à la communauté* pour se dispenser de payer la part de dettes que la loi met à sa charge (V. art. 1482 et suiv.). Il en paiera même la totalité si les héritiers de la femme, envoyés en possession des biens de celle-ci, déclarent renoncer à la communauté.

(*a*) Nous admettons, comme l'auteur, que l'administrateur légal n'est point obligé à fournir caution. Voici les motifs qui nous dé-

sa qualité de comptable soumet aux mêmes formalités pour l'inventaire, la vente et l'emploi du mobilier, que quand c'est l'héritier présomptif qui demande la possession des biens (art. 126 C. c.).

Dans les cas ordinaires, le mari administrant la communauté en maître, peut aliéner et hypothéquer les fonds qui en dépendent (art. 1421 C. c.); mais ici, celui qui a opté pour la continuation de la communauté, ne peut être revêtu d'un pouvoir aussi étendu (art. 128 C. c.); car, si l'absent ne reparaissait pas et que sa mort fût reportée au temps de sa disparition, ou prouvée à une époque quelconque, les aliénations

---

terminent. D'abord, c'est avec intention que la loi n'en fait pas mention; puisque, dans le même article (124), elle exige que la caution soit donnée au cas de dissolution provisoire. En second lieu, la continuation de communauté est favorable, puisqu'elle empêche le morcellement des biens de l'absent. La dispense de fournir caution est un moyen d'encourager l'époux présent à opter pour cette continuation.

On a opposé à cette doctrine le texte de l'article 129, qui, se référant à la fois au cas d'envoi en possession provisoire, et au cas d'administration légale, déclare qu'après un certain laps de temps *les cautions seront déchargées;* d'où il semble résulter que les cautions ont été données dans les deux cas. Mais à cela voici ce qu'on doit répondre. L'article ne comprend les deux hypothèses que relativement à l'envoi en possession définitif et au partage des biens de l'absent. Quant aux cautions, il n'en est parlé qu'énonciativement, et pour dire qu'elles seront déchargées si elles ont été fournies. Or pour savoir quand il doit être donné caution en matière d'absence, il faut se référer aux articles où il est statué sur ce point, et qui sont les articles 123 et 124.

d'immeubles faites postérieurement ne pourraient être frustratoires à l'égard des héritiers qui remonteraient au jour du décès (art. 130 C. c.), pour demander compte à l'administrateur légal (*a*).

L'absent reparaissant, retrouve sa communauté conservée avec les accroissements de fruits (art. 1401 C. c.) et émoluments qui peuvent la composer, comme s'il n'y avait point eu d'absence ; mais si son décès est prouvé dans les quinze ans depuis la disparition, l'administrateur légal doit le cinquième des revenus à ses héritiers , et le dixième seulement, si c'est après quinze ans mais avant trente que la mort soit prouvée (art. 130 C. c.) : et pareil compte de fruits serait dû à l'absent lui-même , pour ses biens dont le revenu ne tombait point en communauté (art 127 C.c.)(*b*).

(*a*) La déclaration d'absence entraîne la probabilité de mort, et par suite la révocation du pouvoir légal donné au mari sous le régime de la communauté (V. art. 1421). Cependant nous appliquerons ici la règle d'après laquelle un mandataire conserve ses pouvoirs dans l'intérêt des tiers, lorsque ces derniers ignorent la révocation du mandat (V. art. 2009). Les tiers ont pu en effet ignorer la déclaration de l'absence de la femme.

(*b*) L'application de l'art. 127 en matière d'administration légale a beaucoup embarrassé les interprètes. En effet, peut-on dire, si le mari est présent, il n'a rien à rendre puisqu'il a pu disposer de tous les revenus comme chef de la communauté, laquelle n'a pas été dissoute (1421). Si c'est la femme, elle ne gardera rien, puisque les fruits qu'elle a gagnés en vertu de l'administration légale sont des *acquêts* pour la communauté (V. art. 1401 3° et 1498).

Plusieurs systèmes ont été proposés pour donner une application

Lorsque l'époux présent préfère la dissolution provisoire de la communauté, elle est liquidée avec les héritiers présomptifs qui sont envoyés en possession,

---

à cet article 127, au cas de continuation de la communauté. Dans un premier système, la portion de fruits déterminée par l'art. 127 devient *propre* à l'époux présent; en d'autres termes, l'article 127 déroge à l'article 1401 3°. Ainsi les fruits et revenus dont parle l'article 127 ne tomberont pas en communauté, et seront prélevés avant partage.

Mais on peut objecter 1° que l'article 127 ne dit pas que certains biens qui sont ordinairement *acquêts* seront ici considérés comme *propres*, mais que certains fruits ne seront pas rendus à l'absent. Or ce n'est pas rendre ces fruits à l'absent que d'en faire des acquêts de communauté. Que fait l'article? Il dispense de rendre, mais évidemment les fruits *qui auraient dû être rendus*. Or ceux qui tombent en communauté ne devaient pas être *rendus à l'absent*. 2° L'absent a pu, par les travaux auxquels il s'est livré dans le lieu où il se trouvait, enrichir la communauté; pourquoi la communauté ne s'enrichirait-elle pas de même des gains faits par l'époux présent?

Dans un second système, l'article s'entend en ce sens que, si la femme présente a dissipé la portion de fruits attribuée à l'administrateur légal par l'article 127, elle ne devra pas en rendre compte; mais que si elle les a gardés ou capitalisés d'une manière quelconque, ces fruits ou leur équivalent devront être remis aux mains du mari, lors de son retour.

On peut dire, contre ce deuxième système, que la loi dispense de restituer les fruits à l'absent, mais ne dit pas que ces fruits, qui sont de véritables acquêts, pourront être dissipés par l'administrateur. On peut ajouter que ce second système aurait l'inconvénient d'inviter la femme présente à de folles dépenses et à la dissipation des revenus.

Nous préférons la solution donnée par l'auteur, et suivant la-

et alors la présomption de mort de l'absent ayant tout son empire, ceux qui ont des droits subordonnés à la condition de son décès, sont admis à les exercer provisoirement.

Dans ce cas, l'époux qui a opté pour la reprise de ses apports et le partage des acquêts, est obligé de donner caution *pour les choses susceptibles de restitution* (art. 124 C. c.).

Mais, que doit on entendre par ces expressions du Code, *pour les choses susceptibles de restitution ?*

Cette caution est exigée dans l'intérêt de l'absent, pour le cas de son retour; en conséquence, ces expressions de la loi s'appliquent d'abord directement à tous gains de survie, à toutes libéralités qu'il aurait faites à l'époux présent, et dont le donataire ne devrait jouir qu'après la mort du donateur, parce que la restitution en serait due à l'absent qui reparaîtrait (*a*); mais

---

quelle l'époux présent gagnera, soit une quote part, soit la totalité de ces fruits, suivant les distinctions de l'article 127, et les acquerra ainsi à la communauté tant qu'elle subsistera en réalité, c'est-à-dire jusqu'au jour du décès prouvé de l'absent.

Ainsi l'article recevra sans difficulté son application dans tous les cas où la restitution devra se faire à d'autres qu'à l'absent, par exemple : 1° à ses héritiers ou légataires (130), lorsque la mort de l'absent est prouvée; 2° aux envoyés en possession définitive (art. 129), la communauté étant réputée dissoute du jour des dernières nouvelles; 3° aux envoyés en possession provisoire si l'époux administrateur meurt, ou abdique l'administration.

(*a*) L'auteur dit, d'une manière générale, que les gains de survie

doit-on faire porter aussi ce cautionnement sur tous les autres effets restés à l'époux présent d'après l'acte de liquidation ? Cette question n'est pas sans quelques doutes, jusqu'à ce que la jurisprudence soit établie sur ce point.

1° Il est difficile de n'accorder à l'époux présent, que la simple qualité de dépositaire, pour des biens qui lui sont propres (*a*).

2° Si le législateur avait voulu que ce cautionnement s'étendît à tous les biens dévolus à l'époux présent, il l'aurait simplement soumis à l'obligation de

---

doivent être restitués à l'absent qui reparaît. Cependant une distinction est ici nécessaire ; en effet, si la femme est absente, et que le mari présent ait droit à des gains de survie, il n'a rien à restituer à la femme *au cas de retour de celle-ci ;* car il détient et administre tous les biens de sa femme. Pour qu'il y eût lieu à restitution, il faudrait supposer que la femme commune se fût réservé l'administration de quelques-uns de ses biens, sur lesquels auraient été pris les gains de survie du mari.

Au reste, malgré ce que nous venons de dire, l'époux présent est tenu, dans tous les cas, de donner caution pour la restitution éventuelle des gains de survie ; en effet le décès de l'époux absent, mari ou femme, peut être arrivé postérieurement à celui de l'époux présent, auquel cas incontestablement les gains de survie devraient être restitués.

(*a*) Il nous paraît évident que le mari n'est pas tenu de donner caution pour ses propres ; en effet, dans aucun cas il ne doit les restituer. Mais il en est autrement de la femme, qui doit restituer ses propres à son mari lors du retour de celui-ci, et par conséquent donner caution pour le cas où elle aurait détérioré les immeubles, ou bien détérioré ou aliéné les meubles.

fournir caution, sans ajouter ces expressions restrictives, *pour les choses susceptibles de restitution*.

3° Si c'est le mari qui est présent, comment concevoir qu'il se trouve obligé de fournir caution, pour rendre à sa femme, lors du retour de celle-ci, des biens sur lesquels il a une maîtrise entière, quand elle n'est point absente ? à moins qu'on ne dise qu'en ce cas les choses ne sont pas susceptibles de restitution, par rapport à la qualité du mari, et qu'on ne fasse par là, entre les deux époux, une distinction qui n'est point dans le texte littéral de la loi (*a*).

4° Si c'est la femme qui est restée présente, et qu'ayant été remplie de ses apports et portions d'acquêts mobiliers, elle les ait dissipés, le mari après son retour ne restera point obligé au remboursement de la dot;

(*a*) Il est bon d'observer que le mari pourra être obligé à opérer des restitutions, même sur sa part de la communauté; en effet, les biens tombés au lot des héritiers présomptifs de la femme ont pu périr avant le décès de celle-ci; auquel cas un nouveau partage devrait avoir lieu. Le mari sera donc tenu de donner caution, non seulement pour les gains de survie, mais encore pour la moitié de sa part de communauté; et il en sera dispensé pour ses propres. Quant à la femme, elle sera tenue de donner caution pour les gains de survie, pour toute sa part de communauté, et pour les propres dont la communauté a la jouissance. Mais elle sera dispensée de donner caution pour les biens dont elle se serait réservé l'administration et la jouissance; car elle ne peut jamais se trouver dans la nécessité d'en opérer la restitution. On voit donc qu'en définitive on peut parfaitement justifier la rédaction de notre article 124.

et dans la liquidation de communauté qui aura lieu définitivement, après la dissolution du mariage, la femme ou ses héritiers pourront, suivant les circonstances, être tenus à récompense, pour la portion d'acquêts par elle dissipée ; d'où il résulte que le défaut de cautionnement sur ces sortes de biens ne serait pas ruineux pour le mari, comme quand il s'agit de la restitution des gains de survie (*a*).

(*a*) Il est impossible de saisir l'argument que fait ici l'auteur. Il veut établir que la femme n'est pas tenue de donner caution pour sa part de communauté; et il se fonde sur les motifs suivants : 1° Quant aux apports de la femme, il dit que le mari ne sera pas obligé au remboursement de la dot que la femme aura dissipée. Mais qui n'aperçoit que le mari a intérêt à recouvrer la dot, qui doit lui servir à supporter les charges du mariage pendant l'intervalle qui s'écoulera entre son retour et la dissolution de ce mariage? 2° Quant à la portion des acquêts tombés au lot de la femme dans le partage, l'auteur allègue que le mari pourra, lors de la dissolution du mariage (ou plutôt *de la communauté*), faire déclarer que la femme est soumise à une récompense pour la portion des acquêts par elle dissipée. Mais qui n'aperçoit encore que la femme pourra se trouver dans l'impossibilité d'acquitter le montant de cette récompense, et que la caution est précisément fournie pour le cas d'insolvabilité du débiteur principal? Si l'on n'avait pas à redouter l'insolvabilité de la femme, où serait même la nécessité d'une caution en ce qui touche les gains de survie? N'est-ce pas également une récompense qu'elle doit, lorsqu'elle a dissipé les biens dont les gains de survie se composent?

SECTION V.

De l'envoi en possession définitive.

Si l'absence a continué pendant trente ans depuis l'envoi en possession provisoire, ou depuis l'administration légale de l'époux présent, ou s'il s'est écoulé cent ans révolus depuis la naissance de l'absent, il est définitivement présumé mort (*a*).

Par l'effet de cette présomption définitive, si l'absent était marié, sa communauté est dissoute; l'époux présent qui aurait opté pour la continuation, ne peut plus, sous ce nouvel ordre de choses, conserver son administration, et dans tous les cas les cautions four-

---

(*a*) L'auteur va lui-même restreindre, dans le dernier alinéa de notre section, ce que cette proposition peut avoir de trop général. Au reste il faut avouer que l'expression même *d'envoi définitif* est une expression trompeuse; en effet, cet envoi n'est *définitif* ni à l'égard de l'absent (art. 132), ni à l'égard des descendants de l'absent (art. 133), ni même en général, comme nous essaierons de le démontrer ultérieurement, à l'égard des héritiers ou autres successeurs de l'absent. L'envoi en possession n'est définitif dans un sens absolu qu'à l'égard des tiers avec lesquels l'envoyé a contracté, et au profit desquels il a pu valablement aliéner. Au contraire, dans le premier projet, l'envoi était définitif d'une manière complète, et en ce sens qu'aucune restitution n'était faite par les envoyés en possession, excepté aux enfants et descendants de l'absent qui justifiaient de la mort de celui-ci à une époque certaine, et établissaient en outre qu'à cette époque ils étaient mineurs. (V. l'art. 19 du projet). Aussi l'article 12 portait-il que l'envoi en possession définitif rendait les envoyés *propriétaires incommutables*.

nies sur la possession provisoire doivent être déchargées, et tous les ayants-droit peuvent demander au Tribunal d'arrondissement, le partage et l'envoi en possession définitive des biens de l'absent (art. 129 C. c.) (*a*).

Il y a donc deux cas dans lesquels on peut demander la possession définitive : le premier, lorsque la provisoire a duré trente ans ; le second, lorsque l'âge de l'absent s'étend à un siècle révolu (*b*).

Dans le premier cas, comme il faut que l'absence,

(*a*) Les cautions sont-elles déchargées de plein droit dès que l'envoi en possession définitif peut être demandé? Non, car l'envoi en possession définitif doit être prononcé par le Tribunal (V. la fin de l'art. 129); et jusqu'à l'époque de cette prononciation, les cautions doivent continuer à être tenues. En effet, si les ayant-droit négligeaient de faire prononcer immédiatement l'envoi en possession, et continuaient à gérer, ils pourraient être responsables des actes de cette gestion à l'égard de l'absent ou de ses héritiers. Or la caution est responsable de toutes les obligations que contractent les envoyés en possession provisoire (V. cependant le discours de M. Bigot-Préameneu, qui suppose que les cautions seront déchargées de plein droit).

Notre article dit que les ayant-droit *pourront demander le partage*. Les biens n'ont pas été partagés si l'époux commun en biens avait opté pour la continuation de la communauté. Si au contraire l'envoi en possession provisoire avait eu lieu, et que le partage eût été fait, il serait inutile de le recommencer. Cependant s'il apparaissait que l'intention des ayant-droit n'avait été que de faire un partage provisoire, il faudrait procéder à un partage définitif.

(*b*) Ajoutons, lorsque l'administration légale conférée à l'époux présent a duré trente ans (V. art. 129).

sans nouvelles, ait continué ; s'il y avait du doute, le procureur du Roi serait fondé à demander qu'il fût fait enquête sur la vérification de ce fait.

Dans le second, au contraire, la représentation de l'acte de naissance de l'absent doit être suffisante, parce qu'étant réputé mort après la révolution d'un siècle qui est regardé comme l'extrême de la vie humaine, il n'y a plus d'intérêt pour lui, à former opposition à la demande des héritiers (*a*).

Il faut observer encore que, quand l'âge de l'absent s'étend à un siècle révolu, la présomption de mort prend un caractère de gravité qu'elle ne peut avoir dans les autres cas. Au défaut de nouvelles reçues de sa part, se joint le témoignage de la nature qui dépose contre lui : la vie prolongée à un siècle est déjà un accident si rare, qu'on ne peut pas la supposer plus longue sans en avoir la preuve.

Il résulte de là que, dans cette hypothèse, la présomption de mort n'est pas simplement relative aux droits de l'absent comparé avec ses héritiers, mais qu'elle

---

(*a*) La distinction faite par l'auteur entre les deux cas qu'il mentionne ne paraît pas fondée. Quoique cent ans se soient écoulés depuis la naissance de l'absent, le Tribunal ne doit prononcer l'envoi en possession définitif, qu'autant que l'individu qui a disparu est encore absent ; c'est-à-dire que l'on a continué à ne pas recevoir de ses nouvelles. Or, on ne voit pas pourquoi le Procureur du Roi ne pourrait pas, suivant les circonstances, requérir qu'il fût fait enquête sur ce point. Au reste, dans l'alinéa suivant, l'auteur lui-même suppose le défaut absolu de nouvelles.

opère ses effets généralement pour tous, puisqu'elle est fondée sur la destinée commune de tous les hommes (*a*).

Il n'y a d'exception qu'en ce qui concerne le mariage, parce que l'époux présent ne doit jamais être admis à passer en secondes noces, sans avoir la preuve légale du décès de l'autre.

Par l'effet de l'envoi en possession définitive, les ayants-droit se trouvent revêtus de la propriété des biens, les possèdent à titre de maîtres, peuvent les hypothéquer (art. 2126 C. c.), les vendre et aliéner, sauf à la restitution du prix si l'absent reparaît, mais sans que les tiers acquéreurs aient à craindre aucune éviction de sa part (art. 132 C. c.).

SECTION VI.

De la cessation des effets de l'absence.

Les effets de l'absence dont il est parlé ci-devant peuvent cesser soit par le retour de l'absent, soit par les nouvelles qu'on en aurait reçues, soit par le changement de ses héritiers.

§ Ier.

Retour de l'absent.

Si l'absent reparaît même après l'envoi en possession définitive, l'article 132 du Code porte qu'il recouvrera

---

(*a*) Il nous a été impossible de pénétrer la pensée de l'auteur, et de comprendre comment et sous quel point de vue la présomption de mort opère dans un cas, des effets qu'elle n'opère pas dans l'autre.

ses biens *dans l'état où ils se trouveront, le prix de ceux qui auraient été aliénés, ou les biens provenant de l'emploi qui aurait été fait du prix de ces biens vendus* (*a*).

Par ces expressions, le législateur nous paraît avoir décrété en principe que l'héritier envoyé en possession définitive, ne doit, lors de la restitution qui lui est prescrite, être soumis à aucune perte, ni conserver aucun avantage provenant des capitaux de l'absent ; d'où il résulterait :

1° Que cet héritier ne serait pas même tenu de restituer le prix des ventes dont il prouverait qu'il n'a pas profité sans qu'il y eût eu de sa faute, parce que la loi ne l'obligeant à rendre les biens que tels qu'ils se trouvent, rejette sur l'absent toutes pertes arrivées par cas fortuits (*b*) ;

(*a*) Dans le premier projet, l'envoi en possession définitif rendait les envoyés propriétaires incommutables, sauf l'exception indiquée plus haut et relative aux descendants de l'absent (art. 18 du projet présenté par M. Thibaudeau, à la séance du 16 fructidor an 9) ; et l'absent lui-même ne pouvait, lors de son retour, revendiquer les biens qu'il avait laissés. Mais on trouva qu'il était trop dur de refuser à l'absent le droit de reprendre ses biens, au moins dans l'état où ils se trouvaient.

Cette disposition fut donc corrigée par l'article 21 de la nouvelle rédaction, présentée dans la séance du 24 fructidor an 9. Cet article est presque textuellement reproduit dans notre article 132.

(*b*) La loi ne paraît pas admettre cette distinction ; car elle dit que l'absent pourra *reprendre le prix des biens qui auraient été aliénés*, et ne fait aucune distinction relativement à l'usage que l'envoyé en

2° Que si l'aliénation avait été faite de bonne foi, par l'héritier, à titre gratuit, il ne serait point tenu d'en récompenser l'absent, à moins qu'il ne fût censé en être resté plus riche, comme s'il avait constitué en dot à sa fille un domaine provenant de ce dernier, pour conserver le sien propre (*a*).

---

possession aura pu faire du prix. Cet envoyé en sera donc tenu lors même qu'il l'aurait dissipé.

Dans le cas où le prix du bien vendu a été employé par l'envoyé en possession à acheter d'autres biens, il y a une distinction à faire. Si lors de l'achat de ce bien, il a été fait déclaration d'emploi, l'absent recouvrera le bien nouvellement acquis. Mais si cette déclaration d'emploi n'a pas eu lieu, c'est le prix qui sera recouvré par l'absent, car l'envoyé en possession a voulu acheter pour son compte et rester débiteur du prix (Argument des art. 1434 et 1435). Enfin, s'il y a eu échange, la déclaration d'emploi est inutile, et l'absent obtiendra le bien contre acquis en échange de celui qui lui appartenait (Argument de l'art. 1407).

(*a*) Il est bien entendu que la récompense due à l'absent pourra n'être pas complète, c'est-à-dire, pourra être inférieure à la valeur du bien donné par l'envoyé en possession définitive. En effet, il peut être reconnu que ce dernier, s'il avait été réduit à ses propres biens, n'aurait constitué à sa fille qu'une dot inférieure à celle qu'il a constituée ; dans ce cas l'indemnité se limitera au montant de la dot qu'il aurait prise sur ses propres biens.

Il n'y a pas contradiction entre cette dernière proposition, et ce que nous avons dit dans la note précédente, relativement au cas où l'envoyé en possession a vendu un bien de l'absent, et a touché le prix de la vente. En effet, dans ce cas, les chances que le vendeur a de perdre le prix sont compensées par des chances contraires, puisque l'envoyé en possession peut employer ce prix d'une manière avantageuse, et en tirer des bénéfices à son profit.

A quelqu'époque que l'absent reparaisse, il rentre dans les biens qui lui étaient acquis lors de son départ et qu'il retrouve entre les mains de l'héritier, sans que celui-ci puisse lui opposer la prescription, parce que le représentant ne prescrit point contre le représenté.

Il n'en est pas de même des biens échus par l'ouverture d'une succession arrivée pendant l'absence : lorsque l'absent se présente pour agir en pétition d'hérédité contre les héritiers qui ont recueilli à son défaut, ceux-ci peuvent lui opposer la prescription (art. 137 C. c.) trentenaire (art. 2262 C. c.), parce qu'ils n'ont point joui comme représentant l'absent ; qu'ils ont au contraire pris possession, comme ayant personnellement et pour eux-mêmes la vocation de la loi, et ont joui en vertu de ce titre qui leur était propre.

§ 2.

Nouvelles de l'absent.

A quelqu'époque qu'on ait reçu des nouvelles de l'absent, soit qu'on les tienne directement de lui, soit qu'elles proviennent de toutes voies indirectes, les effets du jugement en déclaration d'absence cessent de plein droit ; l'absent recouvre tous ses biens, de la manière dont nous venons de l'expliquer dans le paragraphe précédent (art. 132 C. c.) ; sauf, s'il y a lieu, à prendre les mesures conservatoires de ses intérêts, telles qu'elles sont prescrites pour les absents présumés (art. 131 C. c.), s'il n'a point envoyé lui-même de fondé de pouvoir sur les lieux.

§ 3.

Changement des héritiers de l'absent.

La possession des biens est accordée aux parents successibles lors de la disparition ou des dernières nouvelles, parce que c'est à cette époque qu'on reporte la mort présumée de l'absent ; mais il est possible que son décès étant prouvé postérieurement, la loi appelle d'autres parents à lui succéder : dans ce cas, les héritiers présomptifs au jour du décès sont en droit de répéter sa succession, et ceux qui ont joui de ses biens sont tenus de les leur restituer, sous la réserve des quatre cinquièmes ou neuf dixièmes des fruits (art. 130 C. c.), suivant que la preuve de ce décès aura été acquise avant ou après quinze années, mais dans les trente ans depuis la disparition.

Ici se présente la question de savoir quelle prescription les possesseurs pourraient opposer à ces nouveaux héritiers ?

Si les nouveaux héritiers sont enfants ou descendants directs de l'absent, ils ne peuvent être écartés que par la prescription de trente ans à compter depuis l'envoi définitif.

Si, au contraire, ce sont des collatéraux, la prescription trentenaire aura couru contre eux, même pendant l'envoi en possession provisoire (*a*).

Cette distinction est fondée sur l'art. 133 du Code,

(*a*) Il est bien entendu que la prescription n'aura pas couru pendant la vie de l'absent, s'il est prouvé que le décès de celui-ci est arrivé postérieurement à l'envoi en possession.

portant que les *enfants et descendants directs* de l'absent pourront, dans les trente ans, *à compter de l'envoi définitif*, demander la restitution de ses biens. La conséquence naturelle de cette disposition restrictive et privilégiée, c'est que les collatéraux n'ont pas le même avantage; donc la prescription court contre eux, même pendant l'envoi en possession provisoire ; car s'il en était autrement, ils auraient aussi trente ans depuis l'envoi définitif, pour agir en pétition d'hérédité, ce qu'évidemment la loi leur refuse, puisqu'elle ne prolonge ainsi cette action qu'en faveur des enfants et descendants directs.

Vainement dirait-on que les héritiers envoyés en possession provisoire ne sont que dépositaires, et que le dépositaire ne prescrit pas; car il faut se rappeler ce que nous avons dit plus haut, que, s'ils sont qualifiés dépositaires, ce n'est que comparativement à l'absent; mais que, comparativement à des tiers, ils ont les actions du maître (art. 817 C. c.), puisque ce n'est plus que contre eux qu'on peut agir (art. 134 C. c.); d'où il résulte que l'imprescriptibilité ne peut être opposée ici que par l'absent lui-même ; qu'elle ne peut point être opposée par d'autres héritiers qui sont véritablement des personnes tierces à l'égard des possesseurs; et que, par cette raison, la possession trentenaire exigée depuis l'envoi définitif, pour exclure les enfants, est déjà un privilège établi en faveur de ceux-ci contre la règle commune (*a*).

(*a*) Les art. 134 et 817 ne nous paraissent pas démontrer suffi-

Il résulte même de là que, pour étendre plus loin ce délai, les enfants et descendants de l'absent ne pourraient exciper de leur minorité; parce que ce n'est

---

samment la proposition de l'auteur, et il n'en résulte pas complétement que les envoyés en possession aient *les actions du maître* par rapport aux tiers. On peut dire en effet, que dans les procès qu'ils soutiennent, ces envoyés en possession doivent être considérés comme les représentants de l'absent.

Néanmoins, nous pensons que les envoyés en possession provisoire peuvent, à partir de la mort de l'absent, prescrire contre les héritiers de celui-ci. On peut répondre de la manière suivante à l'objection tirée de ce que ces envoyés en possession sont qualifiés dépositaires; on peut dire en effet, qu'ils ne sont réellement dépositaires que pendant la durée de l'absence, et qu'il n'y a plus absence dès que l'absent est mort; que par conséquent ils peuvent prescrire à partir de cette époque.

On a fait une autre objection fondée sur l'art. 128, d'après lequel ceux qui ne jouissent qu'en vertu de l'envoi provisoire, ne peuvent aliéner ni hypothéquer les immeubles de l'absent. Mais on peut faire une réponse semblable à la précédente, en disant que l'art. 128 parle des biens d'un *absent*, et ne se réfère pas à la période postérieure à la mort, c'est-à-dire, à la période où les biens appartiennent aux héritiers.

Une troisième objection est tirée de ce que les envoyés en possession provisoire sont tenus de restituer une portion des fruits aux héritiers, lorsque leur possession vient à cesser avant l'expiration de trente ans écoulés depuis la disparition de l'absent ou les dernières nouvelles. Mais on répondra que le possesseur de mauvaise foi restitue la totalité des fruits, et cependant finit par prescrire après trente ans de possession.

Enfin, a-t-on dit, la preuve qu'ils ne peuvent se considérer comme maîtres, c'est qu'ils sont dans la nécessité de donner cau-

point ici une prescription ordinaire, puisqu'elle n'est opérée qu'après soixante ans de possession.

Si, en thèse générale, la prescription ne court pas contre les mineurs (art. 2252), c'est quand elle est soumise aux règles établies par le titre du Code particulièrement décrété sur cette matière ; mais lorsqu'il s'agit de prescriptions sur d'autres choses que celles mentionnées dans ce titre, elles ne sont soumises qu'aux règles spécialement établies dans les titres qui statuent sur leur objet (art. 2264 C.c.) : on ne doit donc consulter ici que la loi sur l'absence, laquelle décide généralement et dans tous les cas, que les descendants de l'absent ne peuvent agir que pendant trente ans à dater de l'envoi en possession définitive, sans faire aucune distinction entre ceux qui seraient majeurs ou mineurs (*a*).

---

tion. Mais on peut répondre qu'ils sont à cet égard dans une position semblable à celle des enfants naturels et du conjoint survivant, successeurs irréguliers (V. art. 771 et 773). Or ces successeurs irréguliers qui donnent caution pour la restitution du mobilier, possèdent certainement *pro suo*, et gagnent les fruits lorsqu'ils sont de bonne foi.

(*a*) Nous ne trouvons pas ces raisons suffisantes pour déroger à la règle générale suivant laquelle la prescription est suspendue en faveur des mineurs. L'art. 2264, si souvent invoqué par ceux qui veulent modifier dans des cas particuliers, les règles générales de la prescription, a eu seulement pour objet d'établir que la promulgation du titre de *la prescription* n'abrogeait pas les articles relatifs à la prescription qui se trouvaient dans les titres antérieurement promulgués. Mais il ne faut nullement conclure de là, que ces art. spéciaux relatifs à certaines matières de prescription, aient pour

Nous terminerons ce chapitre par l'examen de quelques-unes des nombreuses questions que présente la matière.

OBSERVATIONS.

La combinaison des articles 130 et 133 du Code a donné lieu à de graves difficultés. On s'est demandé si les parents de l'absent, autres que ses descendants, pouvaient, en établissant la preuve de son décès, évincer les envoyés en possession définitive.

Nous allons d'abord faire connaître un système que nous avons enseigné, mais abandonné depuis, et suivant lequel l'absent et ses descendants ont seuls le droit d'évincer les envoyés en possession définitive.

Voici les motifs qui nous avaient déterminé à embrasser cette opinion.

En premier lieu, il faut remarquer que d'après le projet du Code, les envoyés en possession définitive étaient propriétaires à l'égard de tout le monde, même de l'absent, mais non à l'égard des descendants de celui-ci; l'article 132 n'a étendu le bénéfice de reprise des biens de l'absent qu'à lui-même, mais non aux héritiers quelconques de celui-ci. Donc le droit de reprendre les biens compris dans l'envoi en possession définitif se restreint à l'absent et à sa descendance.

En second lieu, on objecte vainement que l'article 130 confère sans distinction à tous les héritiers de l'absent le droit d'exiger la restitution des biens de celui-ci. En effet, l'article 132, en disant

---

résultat d'affranchir ces matières spéciales de l'empire des règles générales élaborées avec soin dans le titre de la prescription. Et notamment, en ce qui touche la question qui nous occupe, notre article 133 étant fait tout entier dans l'intérêt des descendants de l'absent, on n'a pas entendu certainement leur enlever le bénéfice des dispositions générales de la prescription.

que si l'absent reparaît ou si son existence est prouvée, *même après l'envoi définitif*, il recouvrera ses biens, fait entendre *à contrario sensu*, que les dispositions précédentes, au nombre desquelles se trouve l'art. 130, s'appliquent uniquement au cas de l'envoi en possession provisoire.

Enfin, en troisième lieu, l'article 130 dit que ceux qui ont joui des biens, sont tenus de les restituer aux héritiers, *sous la réserve des fruits acquis en vertu de l'article* 127. Au contraire, dans les cas prévus aux articles 132 et 133, c'est-à-dire, lorsque la restitution est faite postérieurement à l'envoi définitif, l'absent ou ses descendants recouvrent les biens *dans l'état où ils se trouvent*; nouvel argument propre à établir que l'article 130 ne se réfère qu'au seul cas de l'envoi en possession provisoire.

Ce qui m'a fait abandonner cette opinion très-plausible au premier coup d'œil, et admettre que le système primitif du Code doit être rejeté même à l'égard des héritiers de l'absent, c'est que l'article 130 s'écartant sur ce point de la rédaction première du projet, dit d'une manière générale que la succession de l'absent *sera ouverte du jour de son décès prouvé, au profit des héritiers les plus proches à cette époque.*

D'après la première rédaction de l'art. 130 (art. 19 du projet présenté à la séance du 24 fructidor an 9), la succession n'était ouverte au profit des héritiers de l'absent, que dans le cas de décès prouvé *pendant l'envoi en possession provisoire*. Mais ces expressions ont été retranchées dans le projet présenté à la séance du 4 frimaire; ce qui montre parfaitement l'intention des rédacteurs de reconnaître le droit des héritiers, à quelque époque que la succession vînt à s'ouvrir. On s'explique bien aussi comment il reste une trace de ce système primitif; en ce que l'article parle de la restitution des biens en général, et non *des biens dans l'état où ils se trouvent*. On a négligé de faire une rectification dans ce dernier sens lors de la rédaction définitive de l'art. 130; mais cette rectification doit être suppléée; car l'héritier de l'absent ne peut avoir plus de droits que n'en aurait l'absent lui-même.

En somme, les divers articles ont été conçus dans un système abandonné ensuite, mais dont il est resté des traces dans la rédaction. Des vestiges d'un autre système non admis dans la rédaction définitive, se trouvent dans la première phrase de l'article 120 (laquelle n'a plus de sens actuellement), et aussi dans la place qu'occupent les articles 121 et 122 relatifs à l'époque où la déclaration d'absence peut être demandée. Ces articles devraient se trouver à la suite de l'art. 115.

En accordant ainsi aux héritiers les plus proches lors du décès, la pétition d'hérédité contre ceux qui ont obtenu l'envoi en possession définitif, on s'explique très-bien le privilège que l'art. 133 accorde aux descendants de l'absent.

En effet, comme le dit l'auteur, la prescription courra contre les descendants, à partir du jour de l'envoi en possession définitif; au contraire, elle courra contre les autres parents, à compter du jour de l'envoi en possession provisoire.

1re QUESTION. Quel est le caractère du mandat dont le procureur du Roi est revêtu dans les causes des absents? peut-il agir par voie d'action, ou n'a-t-il que la voie de réquisition? peut-il directement conclure dans l'intérêt de l'absent, ou peut-il seulement requérir l'application de la loi sur les conclusions prises par les parties qui sont nominativement en cause?

En thèse générale, le ministère public n'a que la voie de réquisition : il n'a celle d'action que quand la loi la lui attribue spécialement, comme, par exemple, pour poursuivre les amendes et peines encourues par l'officier de l'état civil qui a délinqué dans ses fonctions (art. 53 C. c.); pour proposer les nullités de mariage en certains cas (art. 184 C. c.); pour faire ordonner que les enfants des personnes divorcées seront placés

de la manière la plus avantageuse à leur éducation (art. 302 C. c.) (*a*) ; pour provoquer l'interdiction d'un furieux (art. 491 C. c.) ; pour faire déclarer un grevé de substitution déchu du bénéfice de la disposition faite à son profit, lorsqu'il a négligé de provoquer la nomination d'un tuteur à la substitution (art. 1057 C. c.), etc., etc. Nous avons donc à examiner si telles sont les dispositions du Code en matière d'absence, qu'elles attribuent au ministère public ce pouvoir qui sort de la règle commune.

Sans doute, lorsqu'il s'agit simplement d'un *défaillant* ou d'un *non présent*, ou même d'un *absent* représenté par quelqu'un, comme par un fondé de pouvoir qu'il aurait nommé, ou par un curateur qui lui aurait été décerné, le ministère public n'a point la voie d'action, parce qu'il n'y a point nécessité de la lui accorder ; mais lorsqu'un homme a disparu, que son existence est devenue incertaine, qu'ayant été dénoncé à la justice sous ce rapport, il est constitué en état de présomption d'absence proprement dite, et qu'il s'agit de prendre des mesures pour la conservation de ses intérêts, nous croyons que le procureur du Roi a la voie d'action, s'il y a nécessité qu'il agisse lui-même.

Observons d'abord qu'il ne faut pas confondre la classe des absents, avec celle des mineurs ou des femmes mariées, relativement à la protection particulière que la loi accorde aux uns et aux autres.

(*a*) Le divorce a été aboli par la loi du 8 mai 1816.

Les mineurs sont défendus par leurs tuteurs, et les femmes par elles-mêmes ; il suffit donc de les soutenir et protéger dans leur défense, sans agir pour eux ; mais on doit agir pour l'absent qui n'a point de représentant et qui ne peut rien par lui-même ; autrement la protection de la loi serait nulle ou du moins trop imparfaite à son égard.

Suivant l'article 113 du Code civil, le Tribunal doit, à la requête de la partie la plus diligente, commettre un notaire pour représenter les présumés absents, dans les inventaires, comptes, partages et liquidations dans lesquels ils sont intéressés.

Telle est la seule mesure spécialement prescrite à leur égard ; à quoi l'article 114 ajoute :

Que le ministère public est *spécialement chargé* de veiller aux intérêts des personnes présumées absentes ;

Et qu'il *sera entendu* sur toutes les demandes qui les concernent.

Voilà deux dispositions différemment exprimées : on ne doit pas supposer que la seconde n'est que la répétition de la première : ces deux dispositions sont donc distinctes l'une de l'autre dans ce qu'elles prescrivent ; d'où il résulte que, par la première, le ministère public est chargé d'agir quand il est nécessaire ; et que, par la seconde, il est chargé de requérir dans tous les cas.

S'il y a nécessité de pourvoir à l'administration des biens de l'absent présumé, l'article 112 veut qu'il y soit statué par le Tribunal, sur la demande *des par-*

ties intéressées, telles que des associés, des communiers, des créanciers ; mais s'il n'existe point de parties intéressées, qui est-ce qui aura l'action, si ce n'est le ministère public *spécialement chargé de veiller aux intérêts des personnes présumées absentes ?* (*a*)

Si ceux qui ont été d'abord admis à agir se trouvent ensuite en opposition d'intérêts avec l'absent, qui est-ce qui pourra le défendre, si ce n'est encore le ministère public *spécialement chargé* de veiller à la conservation de ses biens ? et n'est-ce pas, parce qu'il peut défendre comme contradicteur légitime au nom de l'absent, que l'article 69, § 8 du Code de procédure, veut qu'on notifie au procureur du Roi l'exploit d'assignation donné contre celui dont le lieu de la résidence est inconnu ?

L'enquête ordonnée par l'article 116, pour procéder à la déclaration d'absence, doit être faite *contradictoirement* avec le procureur du Roi ; donc il a droit d'agir par contre enquête, puisqu'il est chargé de contredire et combattre l'enquête des demandeurs ; donc il est le contradicteur légitime pour défendre au nom de l'absent attaqué.

Lorsque l'absence a été déclarée, le testament de l'absent doit être ouvert à la réquisition des parties intéressées ou *du procureur du Roi* près le Tribunal

---

(*a*) Nous avons admis plus haut que les héritiers présomptifs de l'absent ont aussi, comme parties intéressées, le droit de provoquer des mesures dans l'intérêt du présumé absent (V. à cet égard, page 257, note *a*).

(art. 123 C. c.); donc il a la même voie d'action que les parties intéressées, pour procurer l'exécution des volontés de l'absent déclaré ; donc il l'a, à plus forte raison, pour la conservation des intérêts de l'absent présumé, puisque la loi l'en charge spécialement.

Quand il s'agit de faire inventaire du mobilier de l'absent, c'est en présence du procureur du Roi qu'on doit y procéder, ou d'un juge de paix par lui délégué ; le pouvoir de surveillance dont ce magistrat est revêtu, ne se borne donc point à requérir l'application de la loi dans les causes qui seraient appelées au Tribunal près lequel il remplit ses fonctions, puisqu'il a le droit de représenter l'absent dans les opérations de l'inventaire, comme le ferait un curateur décerné à celui-ci.

Les héritiers présomptifs qui sont envoyés en possession provisoire doivent fournir caution ; mais cette sûreté décrétée en faveur de l'absent ne serait-elle pas une vaine formalité, si le ministère public n'avait pas le droit de contester sur la solvabilité de la caution ? et comment la loi pourrait-elle le charger spécialement de veiller aux intérêts de l'absent, sans lui accorder le droit de contredire alors un cautionnement illusoire ?

Il faut néanmoins observer sur cette question, que l'intervention du ministère public ne doit avoir lieu que dans l'exercice des actions directement intentées contre l'absent ; telles que la demande formée pour constituer quelqu'un en présomption d'absence et régler l'administration de ses biens, celle qui tendrait à provoquer la déclaration d'absence, celle qui aurait pour but l'envoi en possession provisoire ou définitive, celle qui

serait relative à la prestation et réception des cautions que doivent fournir les héritiers provisoires, etc., etc., parce que, dans tous ces cas, c'est contre l'absent seul que l'action est dirigée, et qu'il se trouverait sans défense, si le ministère public était étranger à sa cause.

Mais après l'envoi en possession, même provisoire, l'état des choses change de face, pour toutes les actions intentées par des tiers, sur les biens de l'absent : les héritiers qui ont obtenu la possession ont personnellement les actions du maître, ainsi que nous l'avons prouvé plus haut; ils sont contradicteurs légitimes pour défendre sur toutes les demandes formées par des personnes tierces; ils sont présents et figurent personnellement en qualité de cause : alors il ne s'agit plus d'absent, et le ministère public chargé de veiller aux intérêts *des personnes présumées absentes*, et de conclure sur toutes les demandes *qui les concernent* (art. 114 C. c.), parce qu'il n'y a encore point de contradicteur légitime pour elles, n'a plus ici de fonctions à remplir dans la cause des héritiers envoyés en possession; c'est pourquoi, d'après l'article 83, § 7 du Code de procédure, il n'y a que les causes concernant ou intéressant *les personnes présumées absentes*, qui doivent lui être communiquées.

2e QUESTION. Quelle est l'étendue du pouvoir déféré à un notaire commis pour représenter une personne présumée absente, dans un inventaire, un compte, un partage ou une liquidation de succession? peut-il consentir amiablement le compte ou le partage? peut-il

transiger au nom de l'absent? peut-il contester pour lui et le représenter en qualité de cause?

Le mandat du notaire délégué pour représenter une personne présumée absente, est contenu dans le jugement qui l'a nommé : c'est là qu'on doit recourir en premier lieu, pour apprécier l'étendue des pouvoirs qui lui sont confiés sur tout ce qui est nécessaire à l'opération pour laquelle il est député.

Nous observerons seulement que les liquidations et partages dans lesquels les présumés absents sont intéressés, comme ceux qui concernent les mineurs, doivent être faits et homologués en justice (art. 838 C. c.), et qu'en conséquence le notaire qui représente un absent, dans quelques actes de cette espèce, ne peut pas volontairement les consentir pour lui;

Qu'il faut un mandat spécial pour pouvoir aliéner ou hypothéquer (art. 1988 C. c.), ce qui est toute autre chose que la commission donnée à un notaire pour paraître à une liquidation ou à un inventaire;

Qu'un tuteur n'aurait pas même le pouvoir de transiger pour son mineur (art. 2045 C. c.), sans l'intervention de la justice (art. 467 C. c.), et qu'à plus forte raison il en doit être ainsi du notaire délégué pour veiller à la conservation et non pour disposer des intérêts de l'absent;

Que la loi veut qu'on appelle à la levée du scellé et à l'inventaire, un notaire nommé d'office par le président du Tribunal, pour représenter, non seulement les personnes présumées absentes, mais même toutes parties intéressées demeurant hors de la distance de

cinq myriamètres (art. 931 C. proc.); d'où il résulte que cette commission ne suppose dans le notaire auquel elle est confiée, ni le pouvoir de transiger, ni celui d'intenter une action et de paraître en jugement pour contester au nom de l'absent présumé, puisqu'il ne pourrait le faire pour les non-présents, à l'égard desquels il a reçu le même mandat (*a*).

Ses pouvoirs se bornent donc naturellement aux actes purement conservatoires et à tout ce que la prudence peut lui suggérer pour l'exécution matérielle de l'opération à laquelle il est député, sauf à recourir au Tribunal pour tout ce qui n'en serait pas la suite nécessaire.

3e QUESTION. La prescription ne court pas contre les mineurs (art. 2252 C. c.); mais elle court contre les majeurs. Supposons qu'un absent soit majeur, et que conséquemment la prescription doive courir contre lui; mais que l'héritier envoyé en possession provisoire de ses biens soit mineur, *aut vice versâ*, la prescrip-

---

(*a*) L'auteur refuse au notaire d'une manière absolue le pouvoir de paraître en jugement pour contester au nom de l'absent présumé, et par conséquent il lui refuse le pouvoir de représenter en justice l'absent défendeur au partage. Cependant l'article 113 dit que le notaire commis représente le présumé absent dans les partages dans lesquels il est intéressé. On conçoit que l'on n'aille pas jusqu'à lui permettre de provoquer le partage; mais on doit incontestablement dire qu'il pourra défendre à la demande en partage formée par les tiers. C'est ainsi que le tuteur, qui ne peut provoquer un partage sans autorisation du conseil de famille, n'a nullement besoin de cette autorisation pour défendre au partage (V. art. 465.)

tion courra-t-elle au profit du tiers possesseur d'un fonds provenant de l'absent ?

Celui qui acquiert de bonne foi et par juste titre un immeuble, en prescrit la propriété par dix ans, si le véritable propriétaire habite dans le ressort de la Cour d'appel dans l'étendue duquel l'immeuble est situé, et par vingt ans, s'il est domicilié hors dudit ressort (art. 2265 C. c.) ; faudra-t-il au possesseur d'un fonds provenant d'un absent, vingt ans pour prescrire, même dans le cas où l'héritier présomptif serait présent et envoyé en possession des biens de l'absent ?

Le principe de la solution de toutes ces questions repose sur la qualité de la personne qui agit en revendication de l'héritage.

Si c'est l'absent qui après son retour répète le fonds possédé par un tiers, on doit appliquer la règle relative soit à son absence, soit à son état personnel de majorité ou de minorité : il faudra donc vingt ans avec un titre juste pour que la prescription soit opérée contre lui, par rapport à son éloignement, et encore cette prescription n'aura cours qu'en le supposant majeur (*a*).

Mais lorsque l'absent n'a pas reparu, et qu'après la déclaration d'absence il est présumé mort dès le jour de sa disparition, on ne peut plus, dès cette époque, s'attacher qu'à la qualité de l'héritier envoyé en pos-

---

(*a*) Ou *dix ans* dans le cas extraordinaire où l'absent serait demeuré caché par un motif quelconque, et ne serait jamais sorti du ressort de la Cour royale, dans l'étendue duquel l'immeuble est situé.

session, pour juger si la prescription a couru ou non, puisque cet héritier exerce alors les actions du maître.

Ainsi, dans ce cas, la prescription aura eu son cours si l'héritier envoyé en possession est majeur dès le moment de la disparition ou des dernières nouvelles de l'absent, puisque c'est à cette époque qu'on reporte l'ouverture de ses droits, et elle aura été suspendue si l'héritier a été mineur; comme elle sera acquise par dix ou vingt ans avec juste titre, si cet héritier habite ou n'habite pas dans le ressort de la Cour d'appel de la situation de l'immeuble.

4e QUESTION. Peut-on être admis à succéder, par droit de représentation, aux lieu et place d'un absent, lorsque son existence n'est pas reconnue ?

Pour l'intelligence de cette question, supposons qu'un absent ait laissé des enfants présents au domicile qu'il a quitté; que l'absence soit déclarée, et que les enfants soient envoyés en possession provisoire des biens de leur père.

Que l'absent ait laissé aussi deux frères vivants lors de son départ, et qu'un de ces frères vienne à mourir ensuite ; l'autre frère présent aura-t-il toute la succession, à l'exclusion des enfants de l'absent, ses neveux ; ou bien ceux-ci concourront-ils au partage de l'hérédité du défunt leur oncle avec leur autre oncle survivant ?

Pour établir leur droit au partage, les enfants de l'absent pourraient proposer ce dilemme à leur oncle :

« Ou l'absent notre père est mort, ou il est vivant ;
» vous ne pouvez le supposer que dans l'un ou l'autre
» de ces cas : choisissez.

» Si vous le réputez vivant, vous êtes sans titre » pour demander la moitié de biens qui lui est dévo- » lue, puisque la loi ne vous accorde que l'autre moi- » tié : nous avons au contraire un titre incontestable » pour exiger la délivrance de sa portion, puisque » nous sommes envoyés en possession provisoire de » tous ses droits.

» Si vous voulez qu'il soit mort, cette même moi- » tié de succession de notre oncle nous revient, » puisque nous représentons notre père décédé.

» Ainsi, dans tous les cas, vous ne pouvez avoir » que l'autre moitié. »

Quelque spécieux que ce raisonnement paraisse au premier coup d'œil, il n'est pas sans réplique. Il faut, pour succéder, et la vocation de la loi et la volonté de recueillir : il ne suffirait pas de supposer que l'absent fût encore en vie, pour conclure de là qu'on doit lui laisser une portion dans l'hérédité ; il faudrait de plus qu'il eût la volonté d'accepter, et que cette intention fût manifestée et prouvée de sa part, parce qu'on peut être vivant sans vouloir être héritier : il pourrait être présent, et ne pas s'immiscer dans la succession ou la refuser ; et dans ce cas ses enfants n'y auraient aucune part ; or il est censé la refuser dès qu'il ne la demande pas, parce qu'en justice on ne reconnaît d'héritiers que ceux qui se présentent pour recueillir.

D'autre côté, ce n'est pas sur la supposition d'un décès non prouvé, qu'on pourrait priver l'oncle de ses droits, en admettant ses neveux à représenter leur père, parce que la vocation de l'oncle est incontesta-

ble, son droit est certain, et que ce n'est pas par une simple présomption, qu'on peut anéantir l'exercice d'un droit certain.

Si l'absent déclaré est présumé mort, c'est dans l'intérêt de ceux qui ont à faire valoir, sur ses biens, des droits subordonnés à la condition de son décès; cette présomption est donc étrangère à la cause du frère qui demande à recueillir seul la succession d'un tiers, puisqu'il ne s'agit point ici de droits à faire valoir sur les biens de l'absent même.

Ainsi, les enfants de l'absent ne pourraient exercer la pétition d'hérédité, ni au nom de leur père, parce qu'on ne peut pas se porter héritier pour un autre; ni en leur nom propre et comme venant par droit de représentation, parce que la mort de leur père n'est pas prouvée, et qu'on ne peut représenter quelqu'un qu'autant qu'il est décédé (art. 744 C. c.).

Telle est aussi la décision qui paraît sortir de l'article 136 du Code civil, portant que : « S'il » s'ouvre une succession à laquelle soit appelé un » individu dont l'existence n'est pas reconnue, » elle sera dévolue *exclusivement à ceux* avec les- » quels il aurait eu le droit de concourir, *ou à ceux* » qui l'auraient recueillie à son défaut. »

La vocation des enfants de l'absent n'est donc point simultanée avec celle de leur oncle, puisque la loi n'appelle que l'un exclusivement en premier ordre, ou les autres dans un sens disjonctif, c'est-à-dire en second ordre.

Pour que les enfants de l'absent fussent appelés à

recueillir avec leur oncle, il faudrait nécessairement que la mort de leur père fût prouvée, parce qu'en principe de successibilité, une hérédité n'est jamais dévolue au degré suivant que quand le premier héritier qui ne recueille pas, est seul : dans tout autre cas, sa part accroît à ses cohéritiers. (art. 786 C. c.)

Cette explication paraît d'autant plus certaine que ce texte parle généralement de tout individu dont l'existence n'est pas reconnue, par conséquent de l'absent présumé comme de l'absent déclaré; or, il serait impossible de prétendre au droit de représenter celui qui n'est encore qu'en présomption d'absence, puisqu'il n'est pas présumé mort; donc on ne doit point être admis non plus à représenter celui-là même qui est en déclaration d'absence; puisque la loi statue à l'égard de l'un comme à l'égard de l'autre, sans aucune espèce de distinction.

Néanmoins, si depuis la naissance de l'absent jusqu'à l'ouverture de la succession de son frère, il s'était écoulé un siècle, nous croyons qu'on devrait admettre ses enfants à recueillir eux-mêmes, par droit de représentation, la moitié de l'hérédité de leur oncle, parce qu'alors la preuve du décès de l'absent résulterait de celle de sa naissance même, ou du moins ce décès serait tellement présumé qu'on ne devrait plus admettre la supposition de sa vie, sans en administrer la preuve.

Il ne faut pas confondre cette hypothèse avec celle où la présomption de mort de l'absent résulte simplement de ce qu'il n'a point donné de ses nouvelles : une foule d'accidents étrangers au décès de l'homme

peuvent l'empêcher de manifester son existence : l'intérêt de ceux qui profitent de son éloignement peut les porter à tenir secrètes les nouvelles qu'ils en auraient reçues : mais lorsque nous sommes parvenus à la révolution d'un siècle depuis la naissance de l'absent, la nature même dépose contre lui, pour attester sa mort : ce n'est plus ici une preuve purement négative résultant de son silence ; ce n'est plus une présomption du droit positif fondée sur des circonstances équivoques ; ce n'est point une présomption inventée pour que des champs ne restent pas sans culture, ou pour que le droit de propriété cesse d'être en suspens ; ce n'est point une présomption décrétée dans l'intérêt de ceux qui ont à faire valoir, sur les biens de l'absent, des droits subordonnés à la condition de son décès : c'est, comme nous l'avons déjà dit dans la cinquième section, une présomption fondée sur la commune destinée des hommes, laquelle doit en conséquence produire ses effets dans tous les cas où l'on n'administrerait pas la preuve contraire.

Mais, dans le cas où les enfants ne sont pas admis à venir par représentation, faute par eux de prouver le décès de leur père, les créanciers de l'absent ne seraient-ils pas fondés à exercer ses droits, pour obtenir leurs paiements sur sa part de succession ?

Suivant l'article 788 du Code, les créanciers de celui qui renonce à une hérédité, au préjudice de leurs droits, peuvent se faire autoriser en justice, à accepter la succession du chef de leur débiteur, en son lieu

et place ; il en doit être de même lorsque, sans renoncer formellement, le débiteur ne se présente pas pour recueillir, parce que dans un cas, comme dans l'autre, le droit des créanciers est également sacré.

Supposons donc que le frère qui a recueilli toute la succession de son frère décédé, en ait écarté ses neveux en leur opposant qu'ils ne peuvent jouir du droit de représentation, sans prouver le décès de leur père ; dans cette hypothèse, les créanciers de l'absent ne pourront-ils pas se présenter et dire à cet héritier :

« Vous n'avez pu exclure les enfants de notre dé-
» biteur, qu'en supposant que leur père fût encore
» en vie ; car si on l'avait supposé mort, vous auriez
» été forcé de les admettre en son lieu et place, par
» droit de représentation ; mais s'il est vivant, la
» moitié de la succession lui est déférée, et si la
» moitié de la succession lui est dévolue, la loi nous
» autorise à demander l'exercice de ses droits, pour
» obtenir sur cette portion, le paiement de ce qui
» nous est dû. » Les créanciers de l'absent seraient-ils fondés à faire cette demande ?

Nous estimons encore que non : l'art. 135 du Code la repousse, en décidant que quiconque réclame un droit échu à un individu dont l'existence n'est pas reconnue, doit prouver que cet individu existait quand le droit a été ouvert, et que jusqu'à cette preuve il sera non-recevable dans sa demande.

Ainsi, le frère de l'absent, après avoir opposé à ses neveux qu'ils ne peuvent être héritiers, par droit de

représentation, sans prouver la mort de leur père, peut écarter encore les créanciers de l'absent, en leur opposant qu'ils ne sont point admissibles à demander l'exercice de ses droits, sans prouver qu'il a survécu au défunt.

Les créanciers ne peuvent être admis à exercer les droits de l'absent qu'en le supposant en vie ; d'autre côté, ses enfants ne peuvent le représenter qu'en le supposant mort. Ce conflit de deux suppositions diamétralement opposées et également dénuées de preuves, les rend également non-recevables les uns et les autres, parce qu'il faut un titre certain pour être admis à recueillir une succession, et qu'il n'y a ici de certain que la vocation du frère de l'absent. *In totum omnia quae animi destinatione agenda sunt, non nisi verâ et certâ scientiâ perfici possunt.* (*a*)

OBSERVATIONS.

Nous ne pouvons admettre la solution de l'auteur, et nous dirons que l'absent peut être représenté par ses descendants dans les successions qui s'ouvrent depuis sa disparition.

En effet, l'article 136 déclare que la succession sera dévolue à ceux qui l'auraient recueillie à son défaut, c'est-à-dire, à ceux qui l'auraient recueillie s'il était mort. Or, dans ce dernier cas, incontestablement ses descendants viendraient à la succession dont il s'agit par droit de représentation. L'auteur paraît, dans le dernier alinéa de la page 349, pressentir l'argument qu'on peut tirer de la fin de l'art. 136 ; et pour y répondre, il fait dire à cet article ce qui

---

(1) L. 76, ff. de *regul. jur.*

ne s'y trouve pas. Il entend la disjonctive *ou* en ce sens que ceux qui auraient recueilli la succession à défaut de l'absent, ne sont appelés qu'en second ordre, et à défaut de tout cohéritier du même degré que l'absent; or, c'est là évidemment ajouter à l'article, dont le sens est évidemment celui-ci : la succession doit être dévolue à ceux qui l'auraient recueillie à *défaut de l'absent*. Si l'on parle aussi dans l'article de ceux qui auraient eu le droit de concourir avec l'absent, c'est là une application pure et simple de la règle générale, suivant laquelle la succession est dévolue à ceux qui l'auraient recueillie au défaut de l'absent.

Le cas de représentation n'est pas d'ailleurs le seul dans lequel la part du défaillant n'accroît pas aux cohéritiers. La division des successions en deux moitiés, pour chacune des branches paternelle et maternelle, présente un résultat analogue. En effet, si le parent qui était seul appelé dans sa branche ne vient à la succession, sa part est dévolue aux parents plus éloignés de la même branche, et il n'y a pas accroissement au profit de l'autre ligne. (V. art. 733).

En résumé, l'esprit de la loi est que les biens de la succession que l'absent n'a pu recueillir, soient distribués comme ils l'auraient été si l'absent était mort avant l'ouverture de cette succession. Par conséquent la représentation doit être admise au profit des descendants de l'absent.

On remarquera que nous ne nous sommes pas servis du dilemme que l'auteur met dans la bouche de ses adversaires; nous pensons que les descendants de l'absent doivent indiquer à quel titre ils se présentent. En effet, s'ils sont héritiers par voie de représentation, les conséquences légales qui résulteront de cet état de choses ne seront pas les mêmes que s'ils exerçaient du chef de leur père, et par voie de transmission, les droits héréditaires que celui-ci aurait recueillis.

S'ils représentent leur père, ils doivent rapporter ce qui a été donné à leur père, aussi bien que ce qui leur a été donné à eux-mêmes; si au contraire leur père a été héritier, ils doivent rapporter uniquement ce qui a été donné à leur père (V. art. 848). Si le père a succédé, les biens de la succession doivent servir à payer les créanciers du père; il en est autrement s'ils sont héritiers

eux-mêmes, et que d'ailleurs ils n'aient pas accepté purement et simplement la succession paternelle. S'ils viennent du chef de leur père, les biens de la succession dont il s'agit seront compris dans l'envoi en possession, et par conséquent les enfants ne pourront jamais invoquer la prescription contre leur père. Il en est autrement s'ils viennent de leur chef.

Le dilemme supposé par l'auteur ne peut donc servir à résoudre la question dont il s'agit. Mais l'auteur ne répond pas suffisamment selon nous aux difficultés de l'objection présentée sous la forme de ce dilemme. Sa première réponse (p. 348) consiste à dire que l'absent aurait peut-être renoncé, et que par conséquent il n'est pas certain que les enfants dussent acquérir de son chef la succession. Mais on peut lui répliquer que la renonciation ne se présume pas (art. 784 C. c.).

La deuxième réponse présentée par l'auteur (p. 349) est que le droit de l'oncle présent est certain, et qu'une simple présomption ne peut servir à anéantir un droit certain. Mais il y a ici une équivoque. Sans doute l'oncle a un droit certain à la moitié de la succession; mais quant à l'autre moitié, il n'est nullement certain qu'il ait un droit tant qu'on ne fournit pas la preuve de la renonciation de l'absent.

L'auteur ajoute avec raison que, dans l'hypothèse qui nous occupe, les descendants de l'absent ne peuvent invoquer la disposition de la loi, qui donne le bénéfice de l'envoi en possession à tous ceux qui ont sur les biens de l'absent des droits subordonnés à la condition de sa mort; en effet, comme il le dit, il ne s'agit pas ici des biens de l'absent. Cette proposition est incontestable, et il est clair qu'on ne peut invoquer dans notre discussion l'article 123. Toute la question est de savoir comment on doit interpréter les articles 135 et 136; or nous les avons interprétés autrement que ne le fait M. Proudhon.

Nous remarquerons en terminant que l'opinion de l'auteur n'a pas été adoptée par les autres commentateurs du Code. La Cour de Paris a également jugé la question en faveur de la représentation (V. arrêt du 27 janvier 1812).

5e. QUESTION. L'héritier envoyé en possession provisoire a-t-il l'exercice des actions rescindantes et rescisoires de l'absent, s'il n'en est pas fait mention dans le jugement d'envoi? Si l'absent traitant en minorité a été lésé, ou si étant majeur il a souffert une lésion suffisante pour autoriser le majeur à réclamer, mais qu'il ait gardé le silence, l'héritier qui est envoyé en possession de ses biens pourra-t-il lui-même intenter l'action en rescision, s'il se trouve encore dans le délai utile (*a*)?

En thèse générale, une personne qui a acquis les droits d'un autre, n'a pas l'exercice des actions rescindantes et rescisoires, si la cession n'en est nominativement exprimée dans son acte (1), et cela pour deux raisons:

La première; parce que celui auquel la loi civile accorde le droit de proposer les actions de cette espèce, peut avoir des motifs de délicatesse et d'honneur pour s'en abstenir, et qu'en conséquence on ne pré-

---

(*a*) La distinction du *rescindant* et du *rescisoire* existe dans la procédure de requête civile. Par un premier jugement appelé le rescindant, le Tribunal rétracte sa sentence; par un second, qui est le rescisoire, il juge de nouveau l'affaire. (Comp. les art. 502 et 503 C. pr.) Mais aucune règle semblable de procédure n'est tracée pour les actions en rescision des contrats, c'est-à-dire qu'il n'est pas nécessaire de rendre deux jugements. Il faut donc substituer les mots *actions en nullité ou en rescision* (Comp. art. 1304) aux mots *actions rescindantes et rescisoires*, qui sont employés par l'auteur.

(1) Voyez dans Rousseau de Lacombe, au mot *transport*, n° 6.

sume pas qu'il en ait cédé l'exercice, lorsqu'on ne le trouve point formellement exprimé dans l'acte.

La seconde; parce que céder l'exercice d'une action de cette nature, c'est faire la cession d'un procès, ce qui est odieux en jurisprudence, et ce que conséquemment on ne doit pas présumer non plus, quand on a gardé le silence à ce sujet (*a*).

Mais aucun de ces motifs ne peut atteindre l'héritier présomptif de l'absent qui a été envoyé en possession, et ses droits sont régis par d'autres principes.

Les actions rescindantes et rescisoires sont dans le patrimoine de l'homme comme tous autres droits; s'il ne les a point exercées lui-même, et qu'il décède lors-

---

(*a*) Quelle qu'ait pu être la doctrine ancienne sur ce point, nous croyons qu'on ne peut soutenir cette opinion sous l'empire du Code, et qu'il est impossible de voir dans une action en rescision, un droit *exclusivement attaché à la personne.* (V. art. 1166).

Ce que nous disons résulte évidemment de l'article 1388, d'après lequel la renonciation à une action en rescision ne peut *préjudicier aux tiers;* ce qui suppose que les tiers peuvent exercer l'action dont il s'agit.

On peut également argumenter dans le même sens de l'article 2225, aux termes duquel les créanciers ou autres personnes ayant intérêt à ce que la prescription soit acquise, peuvent l'opposer, *encore que le débiteur ou le possesseur y renonce.* Chacun sent bien que ce débiteur ou ce possesseur peut avoir des motifs de délicatesse et d'honneur qui le portent à s'abstenir d'invoquer le moyen de prescription; et cependant ses créanciers qui ne sont en définitive que des cessionnaires d'une partie de ses droits, peuvent invoquer cette prescription de son chef. A plus forte raison doit-il leur être loisible d'intenter une action en rescision.

qu'elles ne sont point encore prescrites, elles font partie de sa succession; il les transmet à ses héritiers qui peuvent les exercer après lui; elles doivent donc aussi faire partie de l'hérédité provisoire qui a lieu dans le cas de l'absence; d'où il résulte que celui qui est envoyé en possession de cette hérédité, peut incontestablement les exercer.

6e QUESTION. Les héritiers présomptifs envoyés en possession provisoire des biens de l'absent, ne lui doivent que la restitution du cinquième des fruits, s'il reparaît dans les quinze ans, et celle du dixième s'il reparaît après quinze ans, mais avant trente ans dès la disparition : dans le premier cas ils gagnent les quatre cinquièmes, et dans le second, les neuf dixièmes des revenus de l'absent : ce profit peut-il être revendiqué par ceux qui auraient été, avant la promulgation du Code, envoyés en possession des biens d'un absent dont le retour n'aurait lieu que plus ou moins de temps après cette promulgation ?

Si la loi nouvelle accorde ce bénéfice aux héritiers envoyés en possession provisoire, ce n'est que parce qu'elle suppose qu'ils auront rempli toutes les formalités qu'elle prescrit pour obtenir la déclaration d'absence; ceux qui ont obtenu la possession d'après les formes anciennes ne doivent donc pas avoir le même avantage, puisqu'ils n'ont point satisfait aux conditions à l'accomplissement desquelles le Code l'a attaché.

7e QUESTION. La loi déclare que la propriété d'un trésor appartient à celui qui le trouve dans son propre

fonds ; que si le trésor est trouvé dans le fonds d'autrui, il appartient pour moitié à celui qui l'a découvert, et pour l'autre moitié au propriétaire du fonds (art. 716 C. c.) : à qui doit appartenir celui qui aurait été trouvé dans le fonds d'un absent ?

Il ne saurait y avoir de doute que sur la moitié de trésor attribuée au propriétaire du fonds, parce que l'absent ne peut être l'inventeur.

Durant la présomption d'absence, cette moitié ne peut être dévolue qu'à l'absent, puisque nul autre n'a encore de droit acquis sur ses biens.

Il en est de même pendant l'envoi en possession provisoire, puisque l'héritier présomptif qui l'a obtenue, n'est qu'administrateur-dépositaire comparativement à l'absent : ce possesseur, s'il n'est l'inventeur lui-même, pourra donc revendiquer la moitié du trésor pour en jouir, comme des autres biens de l'absent ; mais il sera obligé d'en faire la restitution, le cas arrivant.

Après l'envoi en possession définitive, l'héritier cesse d'être dépositaire, puisqu'il n'est plus obligé de conserver : il cesse d'être administrateur du bien d'autrui, puisqu'il n'a plus de compte à rendre des revenus : il est propriétaire, puisqu'il peut irrévocablement aliéner le fonds. Le trésor trouvé après cette époque doit donc lui appartenir.

Peu importe que cette propriété ne soit pas incommutablement acquise, parce qu'elle peut être révoquée par le retour de l'absent ; il suffit que le droit en existe lors de la découverte du trésor.

CHAPITRE XXI.

De la parenté et de ses effets.

La parenté consiste dans les rapports naturels et civils qui unissent spécialement les personnes qui descendent les unes des autres, ou qui tirent leur origine d'une source commune.

L'alliance ou l'affinité consiste dans les liens civils qui unissent, par le mariage, les époux entr'eux, et chacun d'eux avec les parents de l'autre.

Nous disons *les liens civils ;* car, quoique l'union conjugale soit fondée dans le droit naturel, la nature ne fait cependant pas le mariage, c'est l'homme en société qui le contracte (*a*).

Les liens d'affinité sont fondés sur ce que, dans le mariage, ce n'est pas seulement un des époux qui stipule avec l'autre, mais encore chacun d'eux avec la famille entière de celui qui accepte son alliance. Cette adoption mutuelle, qui les rend spécialement chers les uns aux autres, en unissant leurs services respectifs, associe aussi, par une conséquence nécessaire, leurs obligations et leurs devoirs : la loi ne peut donc plus les regarder comme étrangers et indifférents les uns aux autres ; la faveur qu'on doit au mariage ainsi que

(*a*) Voir nos observations précédentes sur la distinction du droit civil et du droit naturel.

la bienséance des mœurs exigent également que leurs qualités civiles et leurs droits reçoivent l'empreinte de leur association.

La parenté et l'alliance font donc une partie essentielle de l'état civil des personnes, puisque la loi attribue à l'homme différentes qualités et des droits divers suivant le rang qu'il occupe dans la famille; et comme il en est question dans presque toutes les parties du droit, il nous a paru convenable de donner ici des notions générales sur cette matière.

Ce qui forme l'objet de ce chapitre peut être rapporté à trois questions principales :

Comment distingue-t-on les lignes et les degrés de parenté ou d'alliance ?

Quelles sont les principales obligations et les devoirs réciproques qui naissent de la parenté ou de l'alliance ?

Quels sont les obstacles ou empêchements qu'elles peuvent produire, soit relativement à l'exercice des droits publics ou privés du citoyen, soit relativement à ses transactions sociales (*a*) ?

SECTION Ire.

Sur la manière de distinguer les lignes et de compter les degrés de parenté et d'alliance.

On distingue deux lignes de parenté : l'une directe et l'autre collatérale.

(*a*) Ici l'auteur prend le mot *citoyen* dans le sens de *personne*, et non dans le sens spécial que lui ont donné nos lois politiques.

La ligne directe comprend la collection des personnes qui descendent successivement les unes des autres, telles que l'aïeul, le fils et le petit-fils.

Cette ligne est appelée ligne directe descendante, quand on la considère en tant qu'elle lie le chef avec ceux qui descendent de lui.

Elle est appelée ligne directe ascendante, lorsqu'on la considère en tant qu'elle lie une personne avec les auteurs dont elle descend. (Art. 736 C. c.)

La ligne collatérale réunit ceux qui ne descendent pas les uns des autres, mais dont l'origine va se confondre dans une source commune : tels sont les frères, les oncles et neveux; les cousins ou autres parents plus éloignés qui, en remontant chacun leur ligne ascendante, arrivent de part et d'autre à un auteur commun.

Dans le langage de la jurisprudence, on donne aux frères différentes dénominations, suivant qu'ils sont parents ou non par le double lien de père et de mère.

On appelle *frères germains* ceux qui sont issus du même père et de la même mère;

Frères consanguins ceux qui sont issus du même père et non de la même mère;

Frères utérins ceux qui reconnaissent la même mère, mais qui ont des pères différents.

On appelle *cousins germains* les enfants de deux frères, ou de deux sœurs, ou d'un frère et d'une sœur.

On nomme *cousins issus de germains* les enfants des cousins germains.

Dans l'une et l'autre ligne les degrés de parenté se comptent par le nombre des générations (art. 735 C. c.), lequel est toujours égal au nombre des personnes, en retranchant celle du premier auteur où l'on fait aboutir la ligne.

Ainsi, en ligne directe, le père et le fils sont au premier degré, parce qu'il y a deux personnes, et qu'en retranchant celle du père il n'en reste qu'une. Le petit-fils est parent au deuxième degré avec le grand-père ou l'aïeul, parce qu'il y a ici trois personnes, c'est-à dire, celles du petit-fils, du père et du grand-père, et qu'en retranchant celle de l'aïeul, il n'en reste que deux qui sont les deux degrés de descendance. Par la même raison l'arrière-petit-fils est au troisième degré avec son bisaïeul, et ainsi de suite.

Lorsqu'il est question de supputer les degrés de proximité des parents collatéraux, on compte de même le nombre des personnes de chacune des lignes, en retranchant la souche commune; on les ajoute ensemble, et le nombre total donne celui des degrés.

Ainsi les deux frères sont parents au second degré; l'oncle et le neveu au troisième; les cousins au quatrième; les cousins issus de germains au sixième, ainsi de suite; parce qu'en retranchant la souche commune, la somme des personnes qui forment les lignes, est de deux pour les frères, de trois pour l'oncle et le neveu, de quatre pour les cousins, et de six pour les cousins issus de germains.

La loi n'attache plus d'effets à la parenté au-delà du douzième degré. (Art. 755 C. c.)

Quoique l'affinité n'ait, à proprement parler, aucuns degrés naturels, puisqu'on ne peut réellement la rapporter aux différentes générations comme en ayant été la source, néanmoins on compte les degrés civils d'alliance de la même manière que ceux de la parenté naturelle : en sorte que chacun des époux est allié avec les membres de la famille de l'autre au même degré que celui-ci leur est parent.

Ainsi la femme du fils est alliée en ligne directe au premier degré avec le père, et au second degré avec le grand-père de son mari : et par la même raison, elle est alliée en collatérale, au second degré avec le frère, au troisième avec l'oncle, et au quatrième avec les cousins de son époux.

Mais il faut remarquer que, comme l'affinité n'est établie par la loi, qu'entre chacun des époux et les consanguins (*a*) de l'autre, il en résulte que les alliés des mêmes parents ne sont pas, pour cela, alliés entre eux : par exemple, la femme d'un frère n'est pas l'alliée de l'épouse de l'autre frère (*b*).

(*a*) L'auteur prend le mot *consanguin* dans le sens général de *parents ;* mais il a dit lui-même plus haut que ce mot se prenait dans un sens technique (V. page 362, 7ᵉ alin.).

(*b*) L'auteur donne ici un exemple pour établir qu'un époux n'est pas allié des alliés de son époux ; ce qu'il déduit d'une règle générale qui consiste à dire que les alliés de deux parents ne sont pas alliés entre eux. Pour concevoir comment l'exemple se rattache à la règle, il faut se rappeler que l'auteur considère les époux comme alliés entre eux. (V. p. 360, 2ᵉ alin., la définition que l'auteur donne de l'*alliance*.)

OBSERVATIONS.

Aujourd'hui, comme autrefois, les degrés se comptent d'une manière différente en droit canonique et en droit civil. En droit canonique, on ne compte les degrés en ligne collatérale que d'un seul côté, en sorte que le frère et la sœur sont au premier degré, les cousins germains au deuxième, etc.; et si les deux lignes sont inégales, on compte les degrés du côté de la personne la plus éloignée de la souche commune. *In lineâ collaterali inæquali, quoto gradu remotior persona distat à communi stirpe, tot gradibus distant cognati inter se.*

L'opinion de ceux qui voulaient faire le compte des degrés conformément au droit civil, constitua une hérésie d'une nouvelle espèce appelée l'*hérésie des incestueux.*

Le Concile de Latran restreignit au quatrième degré les empêchements de mariage fondés sur la parenté et l'affinité, ces degrés étant comptés comme nous venons de l'expliquer, c'est-à-dire, d'un seul côté. (V. Pothier, *Traité du Mariage,* partie 3, chap. 3, n° 160.)

SECTION II.

Des devoirs généraux et des obligations réciproques qui naissent de la parenté et de l'alliance.

Le vœu de la nature est que l'homme vive heureux jusqu'à ce qu'il ait atteint le terme de sa carrière; et comme elle le fait naître faible et dénué de forces dans son enfance, et que souvent, dans le cours de sa vie, il se trouve incapable de satisfaire à ses propres besoins, nécessairement elle charge ceux qui lui ont donné le jour de pourvoir à sa subsistance, et lui-même, par un juste retour, de soutenir les pas chancelants de ceux dont il a reçu la vie. Le droit naturel oblige donc les pères et mères, et à leur défaut

les autres ascendants, à fournir des aliments à leurs enfants, et ceux-ci à leurs ascendants; et la loi positive, qui ne peut voir que d'un œil d'indignation celui qui devient, en quelque façon, le meurtrier de sa postérité ou de son père, en lui refusant le nécessaire à la vie, accorde à l'indigent un recours à l'autorité publique, pour vaincre l'obstination du père dénaturé ou du fils ingrat.

Mais, pour ne pas tomber dans d'inutiles répétitions, nous renvoyons au chapitre du mariage ce qui concerne cette action que la loi civile accorde aux ascendants et descendants, et même à certains alliés, pour obtenir des aliments les uns des autres.

La personne des pères et mères est sacrée pour les enfants; l'obligation de les honorer ne finit qu'avec leur vie (art. 371 C. c.).

Tel est le respect que les enfants doivent aux pères et mères, qu'en tout temps ils sont non-recevables à intenter contr'eux aucune action tendant à les flétrir, ou à les diffamer dans la société (*a*), et qu'ils sont obligés de subir avec déférence la correc-

---

(*a*) L'auteur va trop loin en disant que les enfants ne peuvent intenter contre leurs pères et mères aucune action tendant à les flétrir. Ainsi, le Code pénal supposant qu'un père s'est rendu coupable d'un vol à l'égard de son fils, déclare qu'il sera tenu à des réparations civiles, bien qu'il n'encoure pas l'application des peines du vol. (V. C. pén., art. 380.) Dans ce cas, les enfants, pour triompher dans leur action en réparation civile, devront certainement établir que la soustraction frauduleuse a eu lieu.

tion qu'ils peuvent en recevoir, sans être admissibles à s'en plaindre par-devant les Tribunaux; parce que les parents, étant chargés de l'éducation de leurs enfants, non seulement sont en droit, mais même il est de leur devoir d'y employer les moyens de correction jugés convenables ou nécessaires : les parents doivent néanmoins user modérément de cette faculté; et comme le droit cesse toujours là où l'excès commence, s'ils y mettaient trop de rigueur, les enfants seraient fondés à invoquer l'autorité des magistrats, pour les soustraire à un pouvoir que, contre le vœu de la nature, on aurait fait dégénérer en tyrannie.

Une autre obligation qui dérive de la parenté, est de pourvoir à la nomination des tuteurs aux pupilles délaissés par la mort de leurs pères et mères, suivant les règles que nous expliquerons en traitant de la tutelle (*a*).

Enfin, un des droits principaux qui naissent de la parenté, est celui de la successibilité des uns à l'égard des autres, comme nous l'expliquerons également au chapitre des successions.

(*a*) L'obligation dont on parle ici n'est pas seulement imposée aux parents; car le conseil de famille, à défaut de parents, se compose d'amis (V. C. c. art. 409). Il y a mieux : c'est qu'à défaut même d'amis, il faudrait bien, malgré le silence de la loi, le composer de personnes qui n'auraient jamais été en relation d'amitié avec les père et mère du mineur.

SECTION III.

Des obstacles ou empêchements qui peuvent naître de la parenté ou de l'alliance.

La parenté est souvent un motif de suspicion dans l'administration de la justice, et elle produit quelquefois un empêchement à l'exercice des fonctions publiques.

Suivant la loi du 11 septembre 1790, il y avait incompatibilité entre les cousins issus de germains, pour être simultanément juges dans le même Tribunal : l'article 207 de la Constitution de l'an 3 avait restreint cette incompatibilité entre les cousins germains seulement : celle du 22 frimaire an 8, et la loi organique du 27 ventôse suivant, ne contiennent aucune disposition à ce sujet ; mais, par un avis du conseil d'état, approuvé de S. M. le 23 avril 1807 (1), il a été décidé qu'on ne présenterait aucun candidat pour être nommé membre des Cours et Tribunaux, sans s'être assuré s'il n'avait aucun parent ou allié, parmi les autres membres, jusqu'au degré de cousin germain inclusivement, et sans en faire mention dans l'acte de présentation, afin que la nomination portât, au besoin, toute dispense d'incompatibilité.

Aujourd'hui, suivant l'art. 63 de la loi du 20 avril 1810, les parents et alliés, jusqu'au degré d'oncle et de neveu inclusivement, ne peuvent être simultané-

---

(1) Voyez le bull. 144, n° des lois 2333, tom. 6, pag. 201, 4e sér.

ment membres d'un même Tribunal ou d'une même Cour, soit comme juges, soit comme officiers d'un ministère public, ou même comme greffiers, sans une dispense du Roi; et il ne peut être accordé aucune dispense pour les Tribunaux composés de moins de huit juges.

En cas d'alliance survenue depuis la nomination, celui qui l'a contractée ne peut continuer ses fonctions, sans obtenir une dispense du Roi.

L'intérêt de la vérité ne permet pas de l'exposer au choc des passions domestiques : on ne doit pas placer l'homme entre ses affections naturelles et le devoir de sa conscience, en l'appelant à prononcer dans la cause de ses proches; en conséquence :

Les juges de paix sont récusables, s'ils sont parents ou alliés des parties ou de l'une d'elles jusqu'au degré de cousin germain inclusivement, et les juges des Tribunaux jusqu'au degré de cousins issus de germains, aussi inclusivement (art. 44 et 378 du C. de pr.) (*a*).

Nul ne peut être assigné comme témoin en matière civile, s'il est parent ou allié de l'une ou l'autre

(*a*) Nous remarquerons que l'article 378 du Code de procédure déclare le juge récusable, non seulement dans les causes de ses parents et alliés, mais encore dans les causes des alliés de sa femme, et de la femme d'un de ses alliés. Nos lois reconnaissent donc quelques effets à cette relation qui souvent dans l'usage est improprement désignée par le mot *alliance*.

Dans plusieurs cas, l'alliance cesse de produire ses effets, si le mariage est dissous sans qu'il en reste d'enfants. V. par exemple, l'art. 206 du C. c.

des parties en ligne directe, ou son conjoint, même divorcé (art. 268 du C. de pr.); et en collatérale les parents ou alliés produits comme témoins peuvent être reprochés jusqu'au degré de cousins issus de germains inclusivement (art. 283 du C. de pr.) (*a*).

Les mêmes règles s'observent à l'égard des experts nommés d'office (art. 308 et 310 du C. de pr.)

On doit néanmoins excepter de ces règles le cas où il s'agirait de prouver l'âge des personnes, ou de suppléer au défaut des registres publics constatant l'état civil des citoyens. Dans l'ancien ordre de choses, la parenté seule n'était point un motif pour écarter du témoignage sur ces objets, et nous croyons que la même jurisprudence doit être admise aujourd'hui, soit parce que les parents peuvent être témoins dans les actes civils, ainsi que nous l'avons vu précédemment (art. 37 et 71 C. c.), soit parce que personne ne peut être aussi bien instruit qu'eux pour révéler ce qui a rapport à l'état de leur famille (*b*).

Les parents ou alliés des légataires, jusqu'au qua-

(*a*) Nous avons déjà plus haut critiqué le système dans lequel on admet des causes de reproches contre les témoins. On conçoit les récusations de juge, car on peut choisir un autre juge; mais souvent on n'est pas toujours maître de choisir ses témoins. D'ailleurs le juge qui a entendu les témoins reste toujours libre d'apprécier la valeur de leur témoignage. Il n'y aurait donc eu aucun inconvénient à permettre au juge d'entendre toutes les personnes qui auraient eu des renseignements à donner, sauf à avoir à leurs dépositions tel égard que de raison.

(*b*) V. page 275, note *b*.

trième degré inclusivement, ne peuvent être témoins dans le testament fait par acte public (art. 975 C. c.).

Les notaires ne peuvent recevoir des actes dans lesquels leurs parents ou alliés, en ligne directe à tous les degrés, et en collatérale jusqu'au degré d'oncle et de neveu inclusivement, sont parties, ou qui contiennent quelques dispositions en leur faveur; et deux notaires parents ou alliés entr'eux, dans les degrés dont on vient de parler, ne peuvent concourir au même acte.

Les parents ou alliés, dans les mêmes degrés, soit du notaire, soit des parties contractantes, ne peuvent être témoins des actes entre-vifs (1).

En matière criminelle, on ne peut recevoir la déposition des ascendants ou descendants, des frères et sœurs, des alliés aux mêmes degrés, du mari ou de la femme, même divorcé, de l'accusé ou de l'un des co-accusés présents et soumis aux mêmes débats (art. 322 du C. d'ins. c.).

L'huissier ne peut instrumenter pour ses parents et alliés et ceux de sa femme en ligne directe à l'infini, ni pour ses parents et alliés collatéraux, jusqu'au degré de cousins issus de germains inclusivement, à peine de nullité (art. 66 du C. de pr.).

Lorsque la loi défend aux époux de faire, au profit l'un de l'autre, des libéralités inofficieuses, au pré-

(1) Voyez les art. 8 et 10 de la loi du 25 ventôse an 11, sur l'organisation du notariat, bull. 258, n° 2440, tom. 7, p. 593, 3e sér.

judice de leurs enfants, elle déclare nulles, comme faites indirectement et par personnes interposées, les donations de l'un au profit des enfants de l'autre, issus d'un autre mariage, ainsi que celles qui seraient faites par le donateur aux parents dont l'autre époux serait héritier présomptif au jour de la donation (art. 1100 C. c.).

Lorsqu'une personne est déclarée incapable de recevoir une libéralité, la disposition qui serait faite au profit de ses père et mère ainsi que de ses descendants ou de son époux, serait nulle, comme faite sous le nom de personnes réputées par la loi interposées pour recevoir dans l'intérêt de l'incapable (art. 911 C. c.).

Enfin, il est conforme à la morale, comme il est favorable à la politique, que les affections sociales se multiplient, que les générations se croisent; que l'homme tienne à sa patrie par un plus grand nombre de liens; c'est pourquoi la parenté opère différents empêchements de mariage dont nous parlerons dans le chapitre suivant (*a*).

CHAPITRE XXII.

Du mariage.

Qu'est-ce que le mariage, et quelles sont les qualités requises pour être capable de le contracter?

(*a*) V. le développement de ces raisons, dans Montesquieu, (*Esprit des Lois*), liv. 26, chap. 14.

Quelles sont les formalités qui doivent précéder la célébration du mariage ?

Quelles sont les formalités qui doivent accompagner la célébration du mariage ?

Quels sont les empêchements qui peuvent y mettre obstacle ?

Quels sont ceux des empêchements dont il est permis d'obtenir dispense ?

Quand et comment peut-on former opposition au mariage de quelqu'un ?

Quels sont les divers genres de nullités dont un mariage peut être affecté, et par qui peuvent-elles être proposées ?

Quelles sont les obligations qui naissent du mariage ?

Quels sont les devoirs que le mariage impose aux époux ?

Enfin, quand et comment le mariage peut-il être dissous ?

SECTION Ire.

Ce que c'est que le mariage : principales qualités requises pour le contracter.

Le mariage est une association légitimement contractée entre l'homme et la femme, emportant tradition mutuelle de leurs facultés naturelles avec promesse d'assistance et de fidélité réciproques.

Nous ne considérons ici le mariage que dans le contrat qui en constitue l'essence, et par rapport aux effets civils qui en résultent : au surplus, chacun est

libre d'y associer les bénédictions religieuses dépendantes du culte qu'il exerce; mais les rites de cette espèce, faisant partie du domaine de la conscience, sont du choix libre des contractants; la loi les protège tous sans en prescrire aucun.

Institué par la nature pour la propagation du genre humain, le mariage est le fondement de la société et appartient au droit naturel (*a*).

Accueilli et respecté chez tous les peuples policés, il appartient au droit des gens.

C'est le mariage qui fonde les familles, comme ce sont les familles qui constituent l'État; en conséquence, chaque Gouvernement a établi des formes d'où dépend sa validité : sous ce rapport, il fait partie de l'organisation sociale et appartient au droit public.

Considéré dans les engagements qu'il produit entre les époux, le mariage est bien différent des autres contrats : les conventions ordinaires ne portent que sur des intérêts passagers; ici au contraire les époux stipulent sur leur propre existence; c'est pourquoi le mariage (*b*) est essentiellement perpétuel dans sa fin.

Quant aux qualités naturellement requises pour s'engager dans les liens du mariage, puisque c'est un contrat, et que l'essence de toute convention réside dans le consentement des parties, il est nécessaire que

---

(*a*) V. nos observations précédentes sur la distinction du droit naturel et du droit civil.

(*b*) *Edit. de* 1810, quoique dissoluble.
Le divorce est aboli.

les époux soient capables de discernement et qu'ils puissent manifester leur volonté ; d'où il résulte que l'enfant en bas âge, l'imbécille, l'insensé, le furieux et l'interdit pour cause de démence (*a*), sont naturellement inhabiles au mariage.

Il en est de même de celui qui, pour quelqu'accident que ce soit, se trouve dans l'impossibilité de faire connaître avec certitude et intelligiblement sa volonté.

SECTION II.

Formalités qui doivent précéder la célébration du mariage.

Le mariage doit être précédé de deux publications faites par l'officier de l'état civil, à huit jours d'intervalle, le dimanche, devant la porte de la maison-commune, à la municipalité du lieu où chacune des parties contractantes a son domicile (art. 63 et 166 C. c.).

Ces deux publications sont consignées sur un registre particulier dont l'extrait doit rester affiché à la porte de la maison-commune pendant la huitaine qui

---

(*a*) Nous ne comprenons pas pourquoi l'auteur a parlé de *l'interdit pour démence*, après avoir parlé de l'imbécille, de l'insensé et du furieux. Il est évident que si l'on se place en dehors du droit positif, comme le fait ici l'auteur, il ne faut pas s'occuper de l'interdit. La loi a créé l'interdiction, c'est-à-dire, a frappé d'une incapacité permanente celui qui était dans un état habituel de folie, afin de dispenser l'interdit ou ses représentants de la nécessité de prouver que tel ou tel acte émané de lui a été fait dans un moment d'aliénation mentale.

s'écoule de l'une à l'autre; et le mariage ne peut être célébré ni avant le troisième jour depuis et non compris celui de la seconde (art. 64 C. c.), ni après une année de l'expiration de ce délai sans le publier de nouveau (art. 65 C. c.) dans les mêmes formes.

Si le domicile actuel des parties n'est acquis que depuis six mois ou moins, à l'époque des publications de leur mariage, on doit en outre le faire publier à la municipalité de leur dernier domicile (art. 167 C. c.) (*a*).

Lorsque les parties contractantes ou l'une d'elles sont, relativement au mariage, sous la puissance d'autrui, les publications doivent encore être faites à la municipalité du domicile de ceux sous la puissance desquels elles se trouvent. (Art. 168 C. c.)

Ainsi, quoique le fils âgé de vingt-un ans ait un domicile propre, puisqu'il est émancipé par la loi, néanmoins comme il reste encore en puissance de ses père et mère ou aïeuls, pour le fait du mariage, jusqu'à vingt-cinq ans (art. 148, 149 et 150 C. c.), on doit en faire les publications au domicile de ceux-ci, parce qu'étant intéressés au contrat qu'on se propose de former, il faut qu'ils en soient avertis pour pouvoir s'y opposer (*b*).

(*a*) V. dans nos observations placées à la fin de la section III le système que nous établirons sur la matière de la compétence de l'officier de l'état civil, et sur la détermination du lieu où doivent se faire les publications de mariage.

(*b*) Cette double publication est encore nécessaire, si le mineur

A l'égard du mineur qui n'a plus d'ascendants, nous ne croyons pas qu'il doive faire publier son mariage au lieu de la tenue du conseil de famille dont le consentement est requis, ni aux domiciles des parents appelés à le composer, soit parce que ce mineur n'est point sous la puissance de chacun des membres du conseil individuellement pris; soit parce que ce conseil n'ayant pas de domicile, le législateur n'a pu l'avoir en vue, quand il a décrété que les publications seraient faites au domicile de ceux sous la puissance desquels le futur époux se trouve constitué (*a*).

Lorsqu'il s'agit d'un enfant ayant père ou mère ou aïeuls (art. 151 C. c.), ou d'un enfant illégitime mais légalement reconnu (art. 158 C. c.), quoiqu'il soit parvenu à l'âge où la loi le rend maître de contracter seul son mariage, néanmoins, s'il n'a le consentement de ses ascendants, il doit préalablement leur demander leur conseil par un acte respectueux; savoir l'enfant légitime à ses père et mère, ou à ses aïeuls,

---

est émancipé, et a, par conséquent, un domicile propre. Il en serait de même du cas où le mineur ayant son domicile chez son tuteur, aurait un ascendant qui ne serait pas son tuteur.

(*a*) Nous n'adoptons pas l'opinion de l'auteur. Nous croyons au contraire, que les publications doivent être faites au lieu où siège le conseil de famille, sous la puissance duquel le mineur est placé quant au mariage. Certainement, ce mineur est bien, quant au mariage, *sous la puissance d'autrui* (V. art. 168); et le motif d'exiger les publications est ici le même que dans le cas où la partie est sous la puissance d'un ascendant.

si les père et mère sont décédés ou dans l'impossibilité de manifester leur consentement; et l'enfant naturel, à ses père et mère ou à celui d'entr'eux qui l'a légalement reconnu.

Depuis l'âge de vingt-cinq jusqu'à trente ans pour le fils, et depuis vingt-un jusqu'à vingt-cinq pour la fille, l'acte respectueux doit être renouvelé deux fois de mois en mois, et ce n'est qu'un mois après le troisième qu'il est permis de passer outre, si les ascendants persistent à refuser leur consentement; mais après trente ans pour le fils, et vingt-cinq ans pour la fille, un seul acte repectueux suffit, et un mois après on peut célébrer le mariage (art. 152 et 153 C. c.).

L'acte respectueux doit être notifié par deux notaires, ou par un notaire et deux témoins; il en est dressé procès-verbal portant mention de la réponse faite par les ascendants (art. 154 C. c.) (*a*).

(*a*) I. On a pensé que le ministère de l'huissier était peu convenable en raison de la nature des fonctions habituelles de cet officier. D'ailleurs le notaire, habituellement et par état initié aux affaires et aux secrets des familles, exercera une influence beaucoup plus grande sur les parties et interposera ses bons offices pour opérer entre elles un rapprochement. Cette attribution avait déjà été conférée aux notaires par un ancien arrêt de réglement.

II. Si le notaire ne trouvait pas l'ascendant chez lui, il pourrait se borner à mentionner ce fait et à laisser copie de son procès-verbal aux parents et serviteurs qu'il aurait trouvés au domicile; et ce, conformément à l'art. 68 du Code de procédure. Si l'ascendant trouvé chez lui avait refusé de donner une réponse, cette circonstance devrait de même être mentionnée au procès-verbal.

III. La présence de l'enfant n'est pas nécessaire, elle serait même

En cas d'absence, le jugement qui en a prononcé la déclaration, ou seulement celui qui a permis de faire enquête, ou même un certificat (art. 155 C. c.) de notoriété signé de quatre témoins appelés d'office par le juge de paix du lieu où l'ascendant avait son dernier domicile, ou plus simplement encore la déclaration des quatre témoins qui assistent au mariage, consignée dans l'acte de célébration (1), suffisent pour passer outre, sans acte respectueux (*a*).

---

quelquefois dangereuse, en ce qu'elle pourrait augmenter l'irritation de l'ascendant.

(*a*) D'après l'avis du Conseil d'état, que l'auteur cite en note, si, faute de connaître le dernier domicile des ascendants, dont le conseil est requis, on est dans l'impossibilité de se procurer la preuve de leur absence, on peut procéder à la célébration du mariage sur la déclaration à serment des futurs époux, que le lieu du dernier domicile de leurs ascendants leur est inconnu. Cette déclaration doit être certifiée aussi par serment des quatre témoins de l'acte de mariage, lesquels affirment que, bien qu'ils connaissent les futurs époux, ils ignorent le lieu du dernier domicile des ascendants. Les officiers de l'état civil doivent faire mention dans l'acte de mariage desdites déclarations.

L'avis prescrit les mêmes formalités lorsque le lieu du décès est inconnu.

L'art. 155 du Code et l'avis du conseil d'état, en décidant qu'on passera outre, supposent qu'il n'y a pas d'autres ascendants présents. Mais il est évident que si le père est absent et la mère présente, on devrait, aux termes de l'art. 151, faire les actes respectueux à la mère. Il faudrait assimiler ce cas à celui où le père est dans l'impossibilité de manifester sa volonté.

(1) Voyez l'avis du Conseil d'état du 4 thermidor an 13, bull. 51, n° des lois 858, tom. 3, pag. 357, 4e sér.

SECTION III.

Formalités qui doivent accompagner la célébration du mariage.

Dans l'ancien ordre de choses, lorsque les mariages étaient célébrés en face de l'église, le curé des parties contractantes, ou de l'une d'elles, était tout-à-la-fois ministre du sacrement et témoin nécessaire du contrat: aujourd'hui c'est devant l'officier de l'état civil que les époux doivent former leur union, et il est défendu aux ministres du culte de donner la bénédiction nuptiale à ceux qui ne justifieraient pas en bonnes formes, avoir déjà contracté le mariage devant l'officier civil (1) (*a*).

(*a*) La Constitution de 1791 avait proclamé que le mariage n'était considéré que comme un contrat civil. S'emparant de ce principe dont aucune loi n'avait encore réglé l'application pratique, plusieurs personnes contractèrent des mariages devant divers officiers publics, comme des notaires et même des huissiers. Ces mariages furent validés par la loi du 20 septembre 1792 (tit. 4, sect. 4, art. 9). Cette loi voulut seulement que les époux fussent tenus dans la huitaine de sa publication de déclarer leur mariage devant l'officier public de la municipalité, où il en était dressé acte. Un avis du conseil d'état du 18 germinal an XI décide que ces mariages sont valables, bien que cette déclaration prescrite par la loi de 1792 n'ait pas été faite.

Nous avons déjà vu que les officiers de l'état civil chargés de la célébration des mariages, sont aujourd'hui les maires et adjoints, aux termes de l'art. 13 de la loi du 28 pluviôse an VIII.

Le Code pénal de 1810, art. 199 et 200 (ce dernier article mo-

(1) Voyez l'article 54 de la loi du 18 germinal an 10, bul. 172, n° des lois 1344, tom. 6, pag. 24, 3e sér.

Pour être compétent, l'officier civil doit être celui du domicile des deux parties ou de l'une d'elles (art. 165 C. c.), et ce domicile, quant au mariage, ne s'établit que par six mois d'habitation (1) continuée dans la même commune (art. 74 C. c.) (*a*).

Régulièrement le mariage doit être célébré dans la maison-commune (art. 75 C. c.); néanmoins, comme les mariages *in extremis* ne sont point prohibés par le Code civil, il n'est pas défendu à l'officier de l'état civil de se transporter dans une habitation particulière, pour y célébrer un mariage, si des circonstances assez graves exigent ce déplacement de sa part; mais il ne doit point sortir du territoire de sa commune (art. 74 C. c.)(*b*).

---

difié par la loi du 28 avril 1832) punit le ministre du culte qui procède aux cérémonies religieuses d'un mariage, sans qu'il lui ait été justifié d'un acte de mariage, préalablement reçu par les officiers de l'état civil.

(*a*) V. à la fin de la section nos observations sur l'interprétation de l'art. 74.

(*b*) V. également nos observations sur le sens de l'art. 74.

(1) Voyez l'avis du Conseil d'état approuvé de S. M. le 4 compl. an 13, bull. 61, n° des lois 1071, tom. 4, pag. 65, 4e sér., où il est décidé que, conformément à l'article 165 du Code, les militaires, dans l'intérieur du Royaume, doivent se marier devant l'officier de l'état civil des communes où ils ont résidé six mois sans interruption; d'où il résulte qu'il n'est pas toujours nécessaire d'avoir un domicile proprement dit, dans un lieu; mais que la résidence de fait pendant six mois peut suffire pour rendre compétent l'officier public du lieu.

On doit constater à l'officier civil que toutes les formalités préalables ont été remplies, lui remettre les extraits de naissance des futurs époux, ou, à leur défaut, l'acte de notoriété dont nous avons parlé au chapitre 15; produire la preuve du consentement des ascendants, s'ils ne sont pas présents, ou l'extrait des registres constatant leur décès, s'ils sont morts; mais il suffit que le décès des pères et mères des futurs époux soit attesté par les aïeuls ou aïeules présents; et si les pères et mères, aïeuls ou aïeules dont le consentement ou le conseil est requis, sont décédés ou absents et qu'on ne puisse prouver leur décès, ou constater leur absence faute de connaître leur dernier domicile, il suffit que ces faits soient attestés par la déclaration assermentée des époux s'ils sont majeurs, et celle des quatre témoins qui assistent au mariage (1).

Tous ces préliminaires remplis, le mariage doit être célébré en présence de quatre témoins parents ou non parents, par-devant lesquels l'officier public doit lire aux parties, 1° les pièces produites relatives à leur état et aux formalités de leur mariage; 2° le chapitre 6 du Code civil, au titre du mariage, *sur les droits et devoirs respectifs des époux*. Il doit recevoir leurs déclarations, prononcer leur union, et en dresser acte de suite (art. 75 C. c.).

L'acte de célébration doit énoncer :

1° Les prénoms, noms, professions, âges, lieux de naissance et domiciles des époux;

---

(1) Voyez l'avis du Conseil d'état, approuvé de S. M. le 4 therm., bull. 51, n° 858, tom. 3, pag. 367, 4e sér.

2° S'ils sont majeurs ou mineurs;

3° Les prénoms, noms, professions, domiciles des pères et mères;

4° Le consentement des ascendants et du conseil de famille quand il est requis;

5° Les actes respectueux, s'il en a été fait;

6° Les déclarations assermentées sur le décès ou l'absence des ascendants, mentionnées ci-dessus;

7° Les publications faites dans les divers domiciles;

8° Les oppositions et actes de main-levée, ou mention qu'il n'y a point eu d'oppositions;

9° Les déclarations des contractants de se prendre pour époux, et le prononcé de leur union par l'officier public;

10° Les prénoms, noms, âges, professions et domiciles des témoins, leurs déclarations s'ils sont parents ou alliés des parties, de quel côté et à quel degré (art. 76 C. c.).

OBSERVATIONS.

La fixation du domicile matrimonial a donné lieu aux plus grandes difficultés. On n'aperçoit pas bien clairement quelle a été à cet égard la théorie de l'auteur. En effet, d'une part (V. p. 376) il suppose que le domicile actuel des parties est acquis depuis moins de six mois; et par conséquent, il admet qu'on peut se marier dans une commune où l'on réside depuis moins de six mois. D'autre part (V. p. 381), il suppose que le domicile, quant au mariage, ne s'établit que par six mois d'habitation continue dans la commune; et il admet dès-lors qu'on ne peut se marier dans une commune où l'on ne réside pas depuis six mois.

Quoi qu'il en soit, examinons les diverses théories qui ont été émises sur la fixation du domicile matrimonial.

Quelques jurisconsultes soutiennent que le seul officier public compétent est celui du lieu où l'un des futurs époux a résidé pendant six mois, conformément à l'art. 74. Ce système paraît corroboré par l'avis du conseil d'état approuvé le 4e complémentaire an 13. Cet avis porte : que les militaires en France sont soumis à la loi commune ; et que par conséquent, ils ne peuvent se marier *que par-devant les officiers de l'état civil des communes où ils ont résidé sans interruption pendant six mois, ou devant l'officier de l'état civil de la commune où leurs futures épouses ont acquis le domicile fixé par l'art. 74 du Code civil.*

Contre cette opinion l'on peut dire que le Conseil d'Etat, lorsqu'il a donné l'avis dont il s'agit, n'avait pas été consulté précisément sur la question de savoir dans quel lieu les militaires peuvent se marier, mais seulement sur le point de savoir s'ils sont soumis au droit commun en matière de mariage. C'est à cette question seulement que le Conseil d'Etat a dû et voulu répondre. Mais il n'a nullement songé au cas extraordinaire et exceptionnel où le militaire qui est en activité de service se trouve précisément en garnison dans la commune où son domicile est établi.

On remarquera en outre que dans cette opinion, on ne peut expliquer le texte de l'article 167, qui supposant le cas particulier où le domicile ne serait établi que par six mois de résidence, c'est-à-dire le cas du simple domicile matrimonial de l'article 74, impose aux parties contractantes une obligation de plus, c'est-à-dire, celle de *faire en outre les publications à la municipalité du dernier domicile.*

Or, si l'on admettait la théorie que nous combattons, l'hypothèse indiquée comme exceptionnelle par l'article 167, serait l'état de choses unique et nécessaire, et l'on ne pourrait en imaginer un autre.

En effet, on ne pourrait se marier dans une commune qu'autant qu'on y aurait six mois de résidence, et il faudrait toujours, aux termes de l'article 167, faire en outre les publications au lieu du dernier domicile.

Il est vrai qu'on a cherché à donner un sens à l'article 167, en prétendant que le cas particulier prévu par cet article est celui où la résidence est de six mois ou plus, mais non encore d'une année révolue. Telle était, a-t-on dit, l'ancienne jurisprudence, d'après laquelle celui qui passait d'une paroisse dans une autre, pouvait se marier dans sa nouvelle paroisse *au bout de six mois*, et cependant était tenu de faire des publications dans l'ancienne paroisse tant qu'il ne s'était pas écoulé une année entière.

Nous ne pouvons admettre cette explication, et voici nos motifs : 1° Il est impossible d'admettre que l'on ait pu sous-entendre dans la loi cette fixation tout à fait arbitraire et en même temps si importante du délai d'un an. 2° Il n'est pas même exact de dire que telle ait été l'ancienne jurisprudence. En effet, dès qu'on avait changé de paroisse, on pouvait se marier *immédiatement*, et non pas seulement au bout de six mois, en faisant publier les bans dans l'ancienne paroisse. Mais cette dernière obligation n'était imposée qu'autant qu'il ne s'était pas écoulé six mois depuis le changement de paroisse, lorsque cette paroisse était du même diocèse, ou un an lorsqu'elle était d'un autre diocèse (V. Pothier, *Contrat de mariage*, partie 4, chap. 1, section 3, art. 2, § 1, n° 356).

Ce premier système étant repoussé, nous interpréterons la loi de la manière suivante. Nous dirons que l'on peut se marier, soit au lieu où l'on a son domicile réel, quelle que soit d'ailleurs la durée de la résidence ; soit au lieu où l'on a six mois de résidence sans domicile réel. Suivant nous, voici le sens naturel que présentent les divers articles du Code. On décide d'abord, dans l'article 165, que le mariage doit être célébré dans la commune où l'un des futurs époux a son domicile, c'est-à-dire son domicile *réel*, son domicile ordinaire déterminé conformément aux règles posées dans les articles 102 et suivants. Il est vrai qu'on trouve dans l'article 74 que *le domicile quant au mariage s'établira par six mois d'habitation continue dans la même commune*. Mais cette disposition spéciale ne doit pas être entendue dans un sens limitatif et exclusif, et on la met très-bien en harmonie avec l'article 165 en disant que la loi, pour faciliter les mariages, a créé, *indépendamment du domicile ordinaire*, un domicile

matrimonial tout particulier ; en d'autres termes, que l'article 74 confère un droit spécial et tout de faveur, celui de pouvoir, quant au mariage, considérer comme domicile une simple résidence de six mois ; mais il n'enlève pas le droit expressément conféré par l'article 167, c'est-à-dire le droit de se marier au domicile réel.

Voici les motifs qui nous déterminent à adopter cette opinion : 1° l'impossibilité où l'on est d'interpréter autrement les articles 165 et 167 ; tandis que dans notre opinion ils s'expliqueront avec la plus grande facilité. En effet, si l'on veut user du bénéfice de la deuxième disposition de l'article 74, c'est-à-dire se marier dans un lieu où l'on n'a pas son domicile réel, mais une simple résidence de six mois, on devra en outre faire les publications au lieu du domicile réel. L'article 167 s'appliquera ainsi à la lettre et sans difficulté.

2° Il y a de graves inconvénients dans un système qui peut rendre quelquefois des mariages temporairement impossibles. En effet, il peut arriver que ni l'un ni l'autre des futurs époux n'ait dans les six mois précédents résidé d'une manière continue dans la même commune.

Enfin telle paraît être l'opinion qui a prévalu au Conseil d'Etat. Voici en effet l'opinion exprimée par M. Tronchet dans la séance du Conseil d'Etat, du 4 vendémiaire an x.

« Le Premier Consul demande si une personne pourra célébrer son mariage au lieu de son domicile, quoique depuis six mois elle aît résidé ailleurs ? »

M. Tronchet répond qu'elle le pourra, parce qu'on ne perd pas le droit de célébrer son mariage dans le lieu de son domicile, pour avoir acquis le droit de le célébrer ailleurs.

M. Bigot-Préameneu observe que la célébration du mariage est entourée d'une plus grande publicité, lorsqu'elle est faite dans le lieu de la résidence.

M. Tronchet répond que la publicité du mariage a pour objet de donner aux personnes intéressées à l'empêcher le moyen de former leur opposition. Or, le domicile d'un homme est toujours plus certain que sa résidence. La disposition qui permet de célébrer le

mariage dans le lieu de la résidence n'est qu'une exception à la règle générale. D'ailleurs les publications sont faites, et au lieu de la résidence, et au lieu du domicile. (V. Merlin, *Rép. de Jur.*, v° domicile.)

Après avoir examiné la question de savoir, où le mariage doit être célébré, nous devons compléter ce que nous avons à dire sur le domicile matrimonial, en examinant la question de savoir où les publications doivent être faites.

Le siège de cette matière est aux articles 166 et 167. L'article 166 décide que les publications doivent être faites au lieu où chacune des parties contractantes a son domicile. L'article 167 ajoute que si le domicile actuel n'est établi que par six mois de résidence, les publications seront faites en outre à la municipalité du dernier domicile.

Cet article 167 a donné lieu à des difficultés. Quant à nous, nous l'entendrons comme nous l'avons déjà fait pressentir dans la discussion de la question précédente, en ce sens que si l'on a son domicile dans une commune, et une résidence de six mois dans une autre, on devra faire les publications non seulement dans la commune où l'on a une résidence de six mois, mais encore dans celle où l'on a son domicile réel. Ainsi le *dernier domicile* dont parle l'article 167 ne sera pas autre chose que le domicile ordinaire, le domicile réel.

On peut se demander si, lorsqu'on se marie au domicile réel où l'on n'a pas encore six mois de résidence, on doit faire des publications non seulement au lieu de ce domicile, mais encore au lieu où cette résidence de six mois avait été acquise.

Nous déciderons l'affirmative, bien que cette solution ne résulte pas textuellement de l'article 167. En effet : 1° c'est de cette manière que l'entendait M. Tronchet ; car en permettant le mariage au domicile réel où la résidence était toute récente, il ajoutait : « D'ailleurs les publications seront faites, et au lieu du domicile, et au lieu de la résidence. » 2° Ce système avait déjà antérieurement été consacré en termes exprès par le décret d'ordre du jour du 22 germinal an 2, rendu sous l'empire de la loi du 20 septembre

1792, dont le texte, bien moins favorable à notre opinion que celui du Code civil, ne parlait absolument que de la résidence de six mois.

Ainsi, pour résumer tout ce que nous venons de dire, ce que l'on peut qualifier de *domicile complet* en matière de mariage, n'est pas autre chose que le domicile réel accompagné de six mois de résidence. Si une seule de ces conditions existe au lieu où l'on veut se marier, il faudra faire des publications au lieu où l'autre condition existe.

Le système que nous présentons aura pour résultat de faciliter la célébration des mariages, et n'entraînera en définitive aucun inconvénient; puisque les publications feront connaître le projet de mariage, et au lieu du domicile réel, et à celui de la résidence de six mois; et puisque les personnes intéressées à s'y opposer, pourront le faire avec succès, même dans celle des deux localités où le mariage ne sera pas célébré (V. art. 69).

SECTION IV.

Des empêchements de mariage.

On entend par empêchement de mariage tout obstacle qui s'oppose, ou pour un temps, ou pour toujours, à ce que deux personnes se marient ensemble.

Il y a deux espèces générales d'empêchements de mariage, les uns simplement prohibitifs qui ne contiennent que la défense, sans emporter la nullité du mariage; les autres dirimants, qui en opèrent la nullité.

§ 1er.

Empêchements prohibitifs.

Les empêchements prohibitifs prononcés par les lois, sont au nombre de quatre :

1° Le cas d'opposition formée au mariage, au préjudice de laquelle il est défendu à l'officier civil de passer outre avant qu'on lui ait remis le jugement de main-levée (art. 68 C. c.), lors même qu'elle serait mal fondée, parce qu'il ne lui appartient pas d'en connaître;

2° Le défaut d'actes respectueux voulus par la loi, lorsque les ascendants refusent leur consentement au mariage de la fille âgée de plus de vingt-un ans, ou du fils âgé de plus de vingt-cinq (art. 157 C. c.);

3° Le défaut d'accomplissement intégral et parfait de toutes les publications prescrites pour le mariage, lorsque les contraventions ne seraient pas jugées suffisantes pour en faire prononcer la nullité. (Art. 193 C. c.).

4° Il est défendu aux officiers militaires, soit de terre, soit de mer, même à ceux qui seraient réformés avec pension de retraite, aux commissaires des guerres *(a)* et officiers de santé attachés aux armées, de se marier sans avoir obtenu la permission du ministre de la guerre ou de la marine; et à tous sous-officiers, soldats ou marins, en activité de service, sans avoir obtenu celle du conseil d'administration de leur corps (1).

(a) Les commissaires des guerres sont actuellement remplacés par les intendants et sous-intendants militaires.

(1) Voy. les décrets impériaux des 16 juin, 3 et 28 août 1808, et l'avis du Conseil d'état du 21 décembre suivant, tom. 8, page 358, et tom. 9, pag. 34, 72 et 294, 4e sér.

§ 2.

Empêchements dirimants.

Les empêchements prohibitifs ne dépendent que du droit civil : il n'en est pas de même des empêchements dirimants, dont les uns sont fondés dans le droit naturel, et les autres établis seulement par la loi positive. Les empêchements dirimants peuvent dériver, 1° du défaut de puberté; 2° du défaut de consentement; 3° d'un premier mariage subsistant; 4° de la parenté naturelle; 5° de la parenté purement civile; 6° des dix mois de viduité; 7° du divorce; 8° enfin, de la clandestinité pour violation de formes (*a*). C'est dans cet ordre que nous allons successivement exposer ce qui concerne chacun de ces empêchements.

1° *Sur le défaut de puberté.*

Le droit romain avait déterminé la puberté à douze ans pour les filles, et à quatorze pour les garçons; le décret du 20 septembre 1792 l'avait reportée à treize ans pour les filles, et à quinze pour les hommes; mais enfin le Code civil l'a fixée à quinze révolus pour les filles, et à dix-huit ans révolus pour les mâles (art. 144 C. c.). Avant cet âge la loi ne présume dans les époux ni la capacité de remplir les devoirs du mariage, ni celle d'apprécier les obligations importantes qu'il impose.

(*a*) La clandestinité ne peut pas être considérée comme un empêchement au mariage; elle n'est pas autre chose que l'absence de la publicité exigée par la loi.

2° *Sur le défaut de consentement.*

Le mariage peut être nul, soit par défaut de consentement des époux, soit par défaut de celui de leurs ascendants ou du conseil de famille quand il est requis.

Le consentement des parties contractantes doit être exempt de contrainte grave et d'erreur substantielle (art. 180 C. c.) (*a*).

LA VIOLENCE, pour opérer la nullité du mariage,

(*a*) On doit distinguer pour le mariage, comme pour tous les autres contrats, le défaut absolu de consentement, et les vices du consentement.

Il y aurait défaut absolu de consentement, si l'une des parties se trouvait au moment du mariage dans un état d'imbécillité ou de folie. Dans ce cas, le mariage serait nul, bien qu'il n'y eût pas d'interdiction prononcée. Seulement l'interdiction prononcée dispenserait de prouver que le mariage célébré postérieurement l'a été dans un instant d'aliénation mentale (V. art. 502). Dans le projet du Code se trouvait un article qui déclarait l'interdit incapable de contracter mariage. Cet article fut supprimé comme inutile.

L'article 180 traite des cas où le consentement est vicieux. D'après l'art. 1109, les contrats considérés en général sont sujets à trois causes de nullité, à savoir l'erreur, la violence et le dol. Or, notre article 180 déclare que le mariage pourra être annulé pour cause de violence ou d'erreur dans la personne; mais il se tait sur le cas de dol. On peut s'expliquer le silence du législateur à cet égard, en considérant combien il eût été dangereux d'admettre cette cause générale de nullité en matière de mariage, et à combien de procès scandaleux elle aurait pu donner naissance. Ainsi, par exemple, des mécomptes éprouvés quant à la fortune auraient pu servir à faire annuler un mariage.

doit être le résultat de menaces injustes et capables d'inspirer à un homme raisonnable la crainte de voir exposer sa personne ou sa fortune, ou d'être en butte à un mal considérable et présent (art. 1112 C. c.).

Peu importe que la violence soit exercée par l'une des parties contractantes envers l'autre, ou par un tiers, parce que, dans l'un comme dans l'autre cas, ses effets sont les mêmes (art. 1111 C. c.).

Mais la simple crainte révérencielle envers les père et mère ou autres ascendants, ne suffirait point pour rendre un mariage nul, si elle n'était accompagnée d'aucuns faits de violence (art. 1114 C. c.).

L'ERREUR est de deux espèces : l'une accidentelle, qui ne porte que sur les qualités ; l'autre substantielle, qui porte sur la personne.

Elle ne porte que sur les qualités, lorsque, par exemple, on épouse une femme pauvre, croyant qu'elle est riche ; une femme débauchée, la croyant vertueuse ; une veuve qu'on croyait fille.

Cette espèce d'erreur ne vicie point le mariage, parce que le contrat a toujours pour objet principal ce que les parties ont voulu.

Il n'en est pas de même dans le cas où l'erreur porte sur la personne : celui qui a l'intention de se marier avec une personne, ne peut avoir la volonté d'en épouser une autre : si donc il arrive que, par une volonté étrangère, un autre objet soit substitué à l'objet voulu, il n'y a plus de consentement, et par conséquent plus de contrat.

L'erreur sur la personne peut être envisagée sous deux aspects différents, ou en tant qu'elle porterait sur l'individu physique, ou en tant qu'elle frapperait sur la personne civile.

Il y aurait erreur sur l'individu physique, si un homme connaissait distinctement la fille aînée de quelqu'un, croyait l'épouser, et que la cadette, cachée sous un voile, se trouvât substituée au lieu de sa sœur, devant l'officier civil où les parties contractantes paraîtraient pour prononcer leur union.

Les précautions dont la loi entoure la solennité des mariages rendent cette substitution si difficile, qu'on ne doit pas croire que le législateur n'ait porté sa pensée que sur un cas aussi extraordinaire, lorsqu'il a voulu décréter que l'erreur serait une cause de nullité de mariage.

Il y aurait erreur sur la personne civile, si, par exemple, quelqu'un, à l'aide de faux titres et sur des rapports mensongers, usurpait, dans un pays éloigné, le nom et l'état d'un homme déterminé et distinctement connu, pour obtenir en mariage une femme qui croirait faire une alliance honorable, tandis que, dans le fait, elle serait abusée par un faussaire et un aventurier.

La loi voulant que l'époux trompé puisse proposer la nullité de son mariage pendant six mois à dater, non du jour de sa célébration, mais *depuis que l'erreur a été par lui reconnue* (art. 181 C. c.), suppose que le législateur a entendu parler principalement de l'erreur sur la personne civile, parce qu'il ne faudrait

qu'un instant pour reconnaître la supposition physique d'un individu au lieu d'un autre (*a*).

Mais le mariage serait-il nul aussi pour erreur sur l'état civil de la personne? Supposons qu'une fille ait toujours joui de l'état d'enfant légitime; qu'elle ait vécu et se soit mariée en paisible possession de cet état; et qu'une action en supposition de part, intentée après son mariage, la dépouille de son état de famille et de tous les droits y attachés : l'erreur où aurait été le mari sur l'état civil de son épouse, l'autoriserait-elle à proposer la nullité de son mariage?

Nous ne le croyons pas. L'identité de la personne qu'on a voulu épouser est constante par la possession d'état dont elle jouissait au moment du mariage : la loi n'admet, comme moyen de nullité, que l'erreur sur la personne même, et ici l'erreur ne porterait directement que sur les droits de la personne; le consentement des époux n'est d'ailleurs pas tel qu'il suppose pour condition, la garantie des droits dont ils jouissent au moment de leur union.

Ce dernier cas est donc bien différent des deux précédents, dans lesquels l'erreur qui porterait sur la

(*a*) Le Tribunal de cassation avait proposé de substituer le mot *individu* au mot *personne*. Cette rédaction, si elle avait été admise, aurait tranché la question; il eût été clairement décidé que l'erreur sur la personne physique pouvait seule être prise en considération, et entraîner la nullité du mariage; mais on a laissé subsister les mots *erreur dans la personne;* ce qui prouve que l'on a entendu rejeter le système du Tribunal de cassation.

personne même, serait en outre l'effet de la fraude pratiquée envers l'époux trompé (*a*).

Le consentement des personnes sous la puissance desquelles les futurs époux sont constitués relativement au mariage, est aussi nécessaire à sa validité, ainsi que celui du conseil de famille pour les mineurs.

Et d'abord aucun prince ni princesse de la maison

(*a*) M. Proudhon semble ici vouloir distinguer entre le cas où l'erreur porte sur *l'état* et celui où elle porte sur *les droits* de la personne. Mais qui ne voit que la légitimité d'une personne a une grande importance comme constitutive de son état?

Immédiatement ensuite, notre auteur indique une autre distinction à faire, suivant que l'erreur dans la personne provient ou non d'un dol pratiqué par l'autre époux ; et il rattache l'action en nullité à l'existence de ce dol. C'est là une idée, sans doute, fort raisonnable; mais nous devons dire que, présentée à plusieurs reprises au sein du conseil d'état, elle y fut constamment repoussée. Il est très-difficile d'adopter des règles générales sur ces diverses questions. La loi paraît en avoir abandonné la solution à l'appréciation des Tribunaux, qui examineront en fait si le mariage aurait eu lieu, dans le cas où le véritable état civil de la personne eût été connu.

L'auteur n'a pas parlé d'un autre cas où il y aurait évidemment erreur sur la personne, et par suite cause de nullité. Nous voulons parler du cas où les organes sexuels sont dans un état d'imperfection tel que la génération est impossible. Il en serait de même, si l'impuissance résultait d'un accident, par exemple, de la castration. Mais si l'imperfection des organes n'était pas extérieure et apparente, on ne devrait point admettre la même décision. Les épreuves auxquelles on avait recours autrefois, épreuves ridicules et scandaleuses, sont depuis longtemps repoussées et par les lois et par les mœurs.

impériale, ne peut se marier sans l'autorisation de l'Empereur (1) (*a*).

Tout homme qui n'a point ses vingt-cinq ans, et toute femme qui n'a pas ses vingt-un ans accomplis, ne peuvent se marier sans le consentement de leurs père et mère : néanmoins, en cas de partage, le consentement du père suffit ; et si l'un d'eux est mort ou dans l'impossibilité de manifester sa volonté, celle de l'autre fait la loi (art. 148 et 149 C. c.) (*b*).

A défaut de père et mère, ou s'ils sont dans l'impossibilité de manifester leur volonté, les aïeuls et aïeules les remplacent, de sorte néanmoins que le consentement du grand-père paternel ou maternel est suffisant, parce qu'il emporte le consentement

---

(*a*) Nous ferons remarquer que le sénatus-consulte du 28 floréal an XII et le statut du 30 mars 1806 se référaient à la famille impériale. La charte de 1814 et celle de 1830 ne contiennent rien sur le même objet ; mais il est probable qu'on appliquerait à la famille royale les règles établies pour la famille impériale.

(*b*) La loi dit qu'en cas de dissentiment entre le père et la mère, le consentement du père suffit. Mais il est nécessaire de constater que la mère a été consultée ; car, pour qu'il y ait *dissentiment,* il faut qu'il y ait eu opinion exprimée des deux parts. Pour constater que la mère a été consultée, il sera utile de lui adresser un acte respectueux.

(1) Voyez l'art. 12 du s.-c. du 28 floréal an 12, et surtout l'art. 4 des statuts du 30 mars 1806, bull. 84, n° des lois 1432, tom. 4, p. 370, 4e sér.

de sa ligne, et que le partage entre les deux lignes suffit pour autoriser le mariage (art. 150 C. c.) (*a*).

Les enfants naturels sont soumis aux mêmes règles envers les père et mère qui les ont légalement reconnus (art. 158 C. c.), mais non envers leurs aïeuls naturels auxquels la loi civile n'impose aucun devoir à leur égard.

Mais, que doit-on entendre par le cas d'impossibilité où la loi suppose qu'un ascendant peut se trouver de manifester sa volonté ?

Un ascendant est réputé dans l'impossibilité de manifester sa volonté, 1° s'il est mort civilement; 2° s'il est absent, et qu'on ignore le lieu de sa retraite; 3° s'il est en état d'interdiction; 4° si étant condamné par contumace, il se trouve privé de l'exercice de ses droits civils (art. 28 C. c.) (*b*).

(*a*) Nous pensons que s'il y avait des aïeuls dans une ligne et des bisaïeuls dans l'autre, on devrait seulement consulter les aïeuls, et ainsi de suite, de manière à suivre toujours l'ordre de proximité des degrés. Nous voyons dans les articles 402 et suivants que la loi défère la tutelle aux aïeuls avant de la déférer aux bisaïeuls; on peut argumenter par voie d'analogie de ces dispositions.

(*b*) I. Remarquons que c'est la loi qui enlève au mort civilement, et au contumax l'exercice de la puissance paternelle. Cette proposition toute simple est préférable à celle de l'auteur, qui recourt à une fiction, d'après laquelle les individus dont il s'agit sont réputés être dans l'impossibilité de manifester leur volonté.

II. Relativement au cas *d'absence*, on s'est demandé si l'impossibilité dont il s'agit n'est réputée exister qu'après que l'absence a été déclarée, ou si elle existe même pendant la période de la présomp-

A défaut de père et mère et d'aïeul ou aïeule, le mineur de vingt-un ans ne peut se marier sans le consentement d'un conseil de famille (art. 160 C. c.) ;

---

tion d'absence. Le Code a tranché la question pour le cas où il s'agit de demander par des actes respectueux le conseil des ascendants (V. art. 155) ; il permet de passer outre, même avant la déclaration judiciaire de l'absence de l'ascendant dont le conseil devrait être demandé. On conçoit que le législateur se soit montré facile lorsque le droit qu'on fait perdre à l'ascendant n'est que celui de donner un simple conseil, et d'entraver par quelques délais le projet de mariage. Mais doit-on se montrer aussi prompt à décider en faveur de l'enfant, lorsque l'exercice de la puissance paternelle est souverain et que l'existence du mariage en dépend d'une manière absolue? Certainement on pourrait en douter. Cependant un avis du conseil d'état du 27 messidor an 13, approuvé le 4 thermidor, et cité plus haut par l'auteur p. 382, place sur la même ligne les cas où l'on exige soit le consentement, soit le simple conseil des ascendants, au moins lorsqu'il s'agit de majeurs. D'après cet avis, il peut être procédé à la célébration du mariage des majeurs sur leur déclaration à serment que le lieu du décès et celui du dernier domicile des ascendants leur sont inconnus. Cette déclaration doit être certifiée aussi avec serment par les quatre témoins de l'acte de mariage, lesquels affirment que, quoiqu'ils connaissent les futurs époux, ils ignorent le lieu du décès de leurs ascendants et leur dernier domicile. Les officiers de l'état civil doivent faire mention dans l'acte de mariage desdites déclarations.

Nous ferons remarquer une inexactitude qui s'est glissée dans les considérants de cet avis. *Une déclaration aussi solennelle*, y est-il dit, *est sans danger relativement au mariage des majeurs pour lequel le consentement des ascendants n'est pas d'une nécessité absolue ou dirimante*. En rédigeant ce considérant, on a évidemment oublié que le fils même majeur ne peut se marier sans le consentement de ses ascendants, tant qu'il n'a pas atteint l'âge de

et s'il est enfant illégitime sans père et mère qui l'aient reconnu, il faut qu'il obtienne le consentement d'un tuteur *ad hoc* qui doit lui être décerné (art. 159 C. c.) (*a*).

---

25 ans accomplis (V. art. 148 et 150). Dès-lors il y avait un danger grave, que le Conseil d'état n'a pas aperçu, à permettre à l'officier de l'état civil de célébrer le mariage des fils majeurs, mais âgés de moins de 25 ans, en se contentant de leur déclaration jointe à celle des quatre témoins du mariage.

(*a*) I. On s'est demandé qui nommera le tuteur *ad hoc*. Si l'enfant a été reconnu, on composera un conseil de personnes qui ont eu des relations habituelles d'amitié avec ses père et mère (V. art. 409). S'il n'a pas été reconnu, le juge de paix composera le conseil comme il le jugera le plus convenable. Il eût été plus simple de décider que l'autorisation pourrait être donnée par le conseil de famille lui-même.

II. Une question très-grave a été soulevée sur l'art. 160. D'après l'art. 883 du Code de procédure, toutes les fois que les délibérations du conseil de famille ne sont pas unanimes, les tuteurs, subrogés tuteurs et curateurs, même les simples membres de l'assemblée, peuvent se pourvoir contre la délibération, et le tribunal prononce. Or on demande si l'on peut se pourvoir ainsi contre les délibérations relatives au mariage ? Nous allons présenter les raisons qui peuvent être alléguées dans les deux opinions contraires.

Pour soutenir que le tribunal n'a pas le droit de réformer les décisions du conseil de famille relatives au mariage, on raisonne de la manière suivante : 1° il n'est pas probable que le Code de procédure ait innové dans une matière aussi grave que celle de l'autorisation et par conséquent de la validité des mariages. 2° L'art. 883 du Code de procédure ne paraît avoir en vue que les délibérations du conseil de famille relatives aux actes d'administration des biens des mineurs, c'est-à-dire, aux actes dans lesquels ces mineurs sont

3° *Un premier mariage subsistant.*

La polygamie est placée par les lois françaises au nombre des crimes destructeurs de la morale publique (*a*).

Par le mariage, les époux se donnent l'un à l'autre sans réserve : sous l'un et l'autre de ces aspects, un premier mariage subsistant s'oppose invinciblement à ce qu'on puisse être admis à en contracter un second (art. 147 C. c.).

---

représentés par leurs tuteurs. En effet, cet article se trouve placé entre l'article 882 relatif aux nominations de tuteur, et l'article 885 relatif aux délibérations sujettes à homologation, c'est-à-dire, concernant des actes de tutelle (V. Code civil, art. 457, 458 et 465). 3° Il serait souvent très-difficile aux membres du conseil de famille de donner les motifs de leur opinion sur une matière aussi délicate que celle d'un mariage à approuver ou à désapprouver. Il s'agit ici d'un véritable acte de puissance paternelle dont l'exercice, à défaut d'ascendants, est confié au conseil de famille. Or, l'exercice de la puissance paternelle peut donner lieu à des abus, mais n'en doit pas moins être respecté pour éviter de plus grands maux.

En sens contraire, on insiste sur les graves abus qui peuvent résulter du pouvoir souverain conféré au conseil de famille. D'une part, des parents déterminés par des motifs d'intérêt peuvent empêcher un mariage très-avantageux. D'autre part, des étrangers à la famille (souvent un conseil de famille se compose uniquement d'amis ou de gens prétendus tels) peuvent donner leur assentiment à un mariage très peu convenable.

Ces considérations, jointes à la généralité des termes de l'art. 883 du Code de procédure, nous déterminent à penser que le tribunal peut réformer la décision du conseil de famille en matière d'autorisation de mariage.

(*a*) V. Code pénal, art. 340.

Néanmoins si, par quelques erreurs ou quelques surprises, un époux déjà engagé par une union précédente en contractait une nouvelle (*a*); que le second mariage fût attaqué, et que pour le soutenir on alléguât la nullité du premier, c'est la nullité ou la validité de celui-ci qui devrait être examinée et jugée, avant de prononcer sur le sort du second (art. 189 C. c.).

4° *Sur la parenté naturelle et civile.*

La morale et la politique proscrivent également les mariages entre proches parents.

En conséquence, en ligne directe, le mariage est prohibé entre tous les ascendants et descendants, légitimes ou naturels, et les alliés dans la même ligne (art. 161 C. c.).

En collatérale, le mariage est prohibé entre le frère et la sœur, légitimes ou naturels, et les alliés au même degré (art. 162 C. c.).

Il est encore prohibé entre l'oncle et la nièce, la tante et le neveu (art. 163 C. c.); et d'après un avis du Conseil d'état approuvé de S. M. le 7 mai 1808 (*b*),

---

(*a*) L'auteur en disant : *déjà engagé par une union précédente*, veut dire engagé en apparence; car la question est précisément de savoir s'il est engagé ou non.

(*b*) Dites plutôt, *d'après une décision de l'Empereur rendue après délibération du Conseil d'Etat;* car le Conseil d'Etat avait donné un avis en sens contraire, et l'Empereur, nonobstant cet avis, décida que le mariage dont il s'agit serait prohibé.

cette prohibition doit être étendue au grand-oncle à l'égard de la petite-nièce (1).

OBSERVATIONS.

Autrefois l'église déterminait les cas d'empêchement au mariage; mais ses réglements sur cette matière n'avaient d'autorité pardevant les Tribunaux séculiers de France que parce qu'ils avaient été reçus ou approuvés par le Souverain. Ces principes sont nettement posés par Pothier (*Contrat de mariage*, part. 1re, chap. 3, art. 1, n° 11 ; et part. 1re, chap. 3, art. 2, n° 20).

Le droit canonique a beaucoup varié en matière d'empêchements au mariage. La rigueur de ce droit n'avait cessé de s'aggraver relativement à la parenté ou l'alliance, jusqu'à ce qu'enfin, au huitième siècle, il suffit de la parenté à un degré quelconque pour constituer un empêchement au mariage, et même une cause de nullité des mariages célébrés : ce qui entraînait le scandale de mariages annulés presque à volonté entre des princes dont les familles s'étaient déjà rapprochées par des alliances plus ou moins éloignées.

Bientôt la prohibition de mariages pour cause de parenté ou d'alliance fut limitée au quatrième degré en ligne collatérale ; mais sur la fin du neuvième siècle, on l'étendit au septième degré ; enfin le concile général de Latran, tenu l'an 1215, ramena au quatrième degré la défense des mariages entre parents et alliés collatéraux. Telle était la règle observée en France à l'époque de la révolution. La loi intermédiaire du 20 septembre 1792 supprima tous les empêchements en ligne collatérale, si ce n'est au degré de frères et sœurs (V. cette loi, tit. 4, art. 11).

Les dispositions du Code sont claires et ne donnent pas lieu à de grandes difficultés. Quelques points cependant sont controversés. On s'est demandé si le commerce illicite de deux individus non

---

(1) Voyez bull. 191, n° des lois 3308, tom. 8, p. 296, 4e sér.

mariés, forme une alliance naturelle entre l'un d'eux et les parents de l'autre. Ainsi l'homme qui a vécu en concubinage avec une femme, peut-il épouser la mère, ou la fille, ou la sœur de cette femme? Autrefois on voyait là une sorte d'affinité ou d'alliance qu'on bornait au 2e degré en collatérale. Mais il fallait que le mauvais commerce eût causé du scandale. C'était donc là, en réalité, un empêchement de la nature de ceux que les Romains disaient exister *propter honestatem*. (V. Pothier, part. 3, chap. 3, art. 2, § 4).

Nous ne pensons pas qu'on puisse décider rien de semblable sous l'empire du Code. L'alliance proprement dite ne se forme que par le mariage. *Affinitatis causa fit ex nuptiis* (*L.* 4, *De grad. et affin.*). Le mot *alliés*, employé par la loi dans les art. 161 et 162, ne peut avoir trait qu'à cette alliance proprement dite. Il y avait des dispositions particulières et expresses dans les canons des conciles sur cette *quasi-alliance*, et, comme nous l'avons déjà dit, elle ne constituait pas un empêchement aux mêmes degrés que l'alliance véritable et proprement dite. Le mot alliés est employé dans d'autres articles du Code civil, notamment dans l'art. 975, et dans le Code de procédure, art. 268 et 283, et personne n'a jamais imaginé de dire que, par application de ces diverses dispositions, on pourrait être reçu à administrer la preuve d'un commerce illicite pour faire annuler un testament ou pour reprocher un témoin.

Si l'on adoptait sur ce point une opinion contraire à la nôtre, il faudrait au moins la restreindre au cas où le commerce illicite serait déjà antérieurement prouvé et abstraction faite de toute enquête, par exemple, par la reconnaissance d'un enfant naturel commun, ou par un jugement prononçant l'annulation d'un mariage.

5° *Sur la parenté purement civile.*

Par les mêmes raisons de décence et d'ordre public, le mariage est prohibé :

Entre l'adoptant, l'adopté et ses descendants ;

Entre les enfants adoptifs du même individu ;

Entre l'adopté et les enfants qui pourraient survenir à l'adoptant ;

Entre l'adopté et le conjoint de l'adoptant, et réciproquement entre l'adoptant et le conjoint de l'adopté (art. 348 C. c.).

6° Sur les dix mois de viduité.

Lorsque le mariage est dissous par la mort naturelle ou civile du mari (art. 228 C. c.), ou par le divorce prononcé pour cause déterminée (art. 296 C. c.), la femme, suivant la disposition du Code, *ne peut contracter* un nouveau mariage qu'après dix mois révolus depuis la dissolution du premier.

Par ces expressions *ne peut contracter*, la loi ôtant à la femme le pouvoir de convoler pendant ce délai, il en résulte qu'un second mariage, qu'elle aurait voulu former au mépris de cet empêchement, serait nul.

Cette prohibition est fondée tant sur ce qu'exige la décence publique de la part de la veuve, que sur le danger de troubler la tranquillité des familles, par l'incertitude où l'on pourrait être de distinguer, entre les deux maris, le véritable père de l'enfant qui serait né par suite d'un mariage trop précipité après la dissolution d'un autre.

OBSERVATIONS.

L'auteur applique à notre matière (V. le 2e paragraphe de ce 6°) la règle célèbre consacrée dans la loi 5, C. *de legibus, hoc est ut ea quæ lege fieri prohibentur, si fuerint facta, non solùm inu-*

tilia sed pro infectis etiam habeantur, licet legislator fieri prohibuerit tantum, nec specialiter dixerit inutile esse debere quod factum est. La même règle a été posée par Dumoulin en ces termes : *Particula* NON *præposita verbo* potest *tollet omnem potentiam juris et facti, designans actum impossibilem.*

Nous admettons en principe cette règle, et nous ne pouvons adhérer à la jurisprudence qui pose en principe qu'un mariage ne peut être déclaré nul que dans les cas où une disposition spéciale de la loi déclare ouvrir l'action en nullité. Mais nous ajoutons que cette même règle doit fléchir lorsqu'il apparaît dans tel ou tel cas donné, que le législateur, tout en prohibant le mariage, n'a pas entendu qu'il fût annulé s'il avait eu lieu. Or il nous semble, contrairement à l'opinion de M. Proudhon, que l'intention du législateur dans l'art. 228 n'a pas été que les mariages célébrés en contravention à cet article, c'est-à-dire dans les dix mois de la viduité de la femme, fussent frappés de nullité.

Voici nos motifs à cet égard : 1° la défense faite à la veuve de se remarier dans les dix mois qui suivent la mort du mari n'existait pas dans l'ancien droit (V. Pothier, *Traité du mariage*, 7e part., chap. 1er, n° 530). Or il est difficile de croire que les rédacteurs du Code, beaucoup moins sévères que l'ancien droit en matière de nullités de mariage, aient entendu en créer une qui n'existait pas autrefois. 2° Plusieurs Tribunaux d'appel avaient demandé que la nullité fût prononcée pour le cas de la violation de l'art. 228, et on n'a pas déféré à cette demande. 3° L'art. 228 est placé au *titre du mariage ;* or on comprendrait difficilement que l'on eût omis d'en parler dans le chap. 4, qui traite *des demandes en nullité de mariage*, si l'on avait voulu que la violation de cet article fût le fondement d'une action en nullité. 4° On n'aurait pas manqué d'indiquer un délai après lequel la nullité serait couverte et l'action éteinte, comme on en a indiqué un pour le cas où le mariage a été contracté avant l'âge déterminé par la loi (V. les art. 144 et 185). 5° Enfin ajoutons que l'art. 228 n'est pas dépourvu de sanction. En effet, l'officier de l'état civil aura le droit de se refuser à célébrer le mariage ; et même les Tribunaux, sur l'opposition for-

mée par les ascendants (Comp., art. 173), ne manqueraient pas de défendre à cet officier de passer outre à la célébration du mariage avant le délai fixé par la loi.

L'art. 228 avait donc déjà une sanction, à l'époque même où il a été décrété. Le Code pén. de 1810 lui en a donné une nouvelle, en frappant d'une amende de 16 à 300 francs l'officier de l'état civil qui reçoit avant le terme prescrit, l'acte de mariage d'une femme dont le précédent mariage est dissous (V. C. pén., art. 194).

7° *Sur le divorce.*

Le divorce produit trois empêchements particuliers:

Le premier relatif aux époux entr'eux seulement, qui ne peuvent plus se réunir par un nouveau mariage, quelle qu'ait été la cause de leur divorce (art. 295 C. c.) (*a*);

Le second absolu, mais temporaire, qui rend les

(*a*) Cet empêchement subsiste-t-il encore depuis la loi du 8 mai 1816 qui a aboli le divorce, en sorte que les époux divorcés sous l'empire de la loi qui permettait le divorce, ne puissent pas aujourd'hui se réunir? On a soutenu l'affirmative en se fondant sur l'article 2 de la loi de 1816, aux termes duquel les divorces prononcés antérieurement conservent tous leurs effets. Mais rappelons-nous le principe général que nous avons posé en nous occupant de la rétroactivité des lois. On doit sans difficulté, avons-nous dit, appliquer une loi nouvelle de la manière la plus large, et répudier complètement l'application de la loi ancienne, toutes les fois que ce mode de procéder n'entraîne d'inconvénient pour personne. Or, le divorce étant aboli, il n'y a aujourd'hui aucun inconvénient à permettre aux époux anciennement divorcés de se réunir, puisque cette faculté ne leur était interdite que pour empêcher qu'on ne divorçât à la légère, et avec la secrète pensée d'une réconciliation possible.

époux divorcés incapables de contracter un nouveau mariage pendant trois ans, lorsque le divorce a été prononcé pour consentement mutuel (art. 297 C. c.) (*a*) ;

Le troisième relatif et perpétuel qui, dans le cas du divorce prononcé pour cause d'adultère, prive l'époux coupable de la faculté de se marier jamais avec son complice (art. 298 C. c.) (*b*).

8° *Sur la clandestinité.*

Le mariage est nul pour clandestinité, lorsqu'on a violé les formes établies pour en rendre la célébration publique et l'existence notoire.

La notoriété du mariage repose d'abord sur la compétence de l'officier civil qui doit être celui du domicile des époux ou de l'un d'eux (art. 165 C. c.), à peine de nullité (art. 191 C. c.), parce que c'est à ce fonctionnaire qu'on pourrait le moins dérober les fraudes qu'on voudrait commettre, et que tout autre,

---

(*a*) Il ne peut plus être question de cet empêchement aujourd'hui, aucun divorce n'ayant été prononcé depuis 1816.

(*b*) Cet empêchement existe toujours ; car il est fondé sur l'honnêteté publique et sur la morale, qui ne permettent pas qu'un délit trouve sa récompense. Nous pensons même que cet empêchement est dirimant. Il faut bien remarquer qu'à la différence du cas prévu dans l'article 228, on se rend parfaitement compte du silence gardé par le Code sur cet empêchement, dans le chapitre *des demandes en nullité de mariage*. En effet, l'empêchement en question est établi au titre du *divorce,* décrété et promulgué après le titre *du mariage*.

étant moins à portée de connaître les parties contractantes, serait plus sujet à être trompé sur leurs qualités.

La notoriété du mariage se compose encore soit des publications qui doivent en être préalablement faites, soit de la publicité avec laquelle on doit procéder à l'acte même de sa célébration.

« Ou il faut, dit M. Portalis, renoncer à toute lé-
» gislation sur les mariages, ou il faut proscrire la
» clandestinité ; car, d'après la définition des juriscon-
» sultes, les mariages clandestins sont ceux que la
» société n'a jamais connus ; qui n'ont été célébrés
» devant aucun officier public, et qui ont constamment
» été ensevelis dans le mystère et dans les ténèbres.
» Cette espèce de mariages clandestins n'est pas la
» seule ; elle est la plus criminelle. On place encore
» parmi les mariages clandestins ceux *qui n'ont point*
» *été précédés des publications requises*, ou qui
» n'ont point été célébrés devant l'officier civil que la
» loi indiquait aux époux........ La nullité des ma-
» riages clandestins est évidente. »

Un mariage serait donc nul, s'il n'avait été précédé d'*aucune des publications prescrites* (art. 170 C. c.); mais comme cette formalité est susceptible de plus ou de moins, puisque souvent elle doit être remplie en plusieurs endroits, qu'elle doit avoir lieu deux fois, et qu'on peut être dispensé de la seconde, le vice de clandestinité n'est attaché qu'au défaut absolu de toutes, et non au manque de quelques-unes; en sorte qu'un mariage ne serait point nul pour n'avoir *pas été précédé* cumulativement *des*

deux publications requises; mais l'officier civil serait passible d'une amende (art. 192 C. c.) (*a*).

Enfin le mariage doit être *contracté publiquement* (art. 191 C. c.), à peine de nullité.

On comprend, comme nous l'avons déjà dit, que la publicité prescrite, à peine de nullité, par ces expressions de la loi, se compose en partie des publications faites précédemment, parce qu'on ne doit préalablement publier un acte que pour empêcher qu'il ne soit fait d'une manière clandestine, et pour assurer au contraire qu'il est fait publiquement; mais il nous paraît que par ces mots *contracté publiquement*, le Code indique encore autre chose que les publications précédentes, et que pour remplir son vœu, il faut qu'il y ait publicité dans l'acte même de

---

(*a*) Nous pensons, contrairement à l'opinion de l'auteur, que le défaut absolu de publications n'entraîne jamais par lui-même et indépendamment de toute autre circonstance, la nullité d'un mariage contracté en France, mais seulement la peine d'une amende. Cela nous paraît résulter évidemment de la combinaison des articles 192 et 193. Dans les divers cas prévus par l'article 192, c'est-à-dire, en général, lorsqu'on ne s'est pas conformé aux dispositions de la loi sur les publications, ce même article ne prononce contre les contrevenants que la peine de l'amende. Au contraire, dans le cas prévu à l'article 193, c'est-à-dire, s'il y a eu clandestinité dans la *célébration* même du mariage, les tribunaux ont un pouvoir discrétionnaire qui leur permet de déclarer ce mariage nul.

L'auteur argumente de l'article 170; mais cet article n'est relatif qu'aux mariages célébrés à l'étranger; et, quel qu'en soit le véritable sens, ce que nous aurons à examiner plus tard, il ne peut servir à trancher une question relative aux mariages célébrés en France.

célébration ; ce que nous croyons devoir être rapporté à la présence des témoins exigés par la loi, parce qu'on dit qu'un acte est clandestin, quand on a voulu le faire sans témoins, tandis qu'au contraire une chose est faite par acte public, quand elle a eu lieu sous les yeux des témoins voulus par la loi pour en garantir l'authenticité et en rendre témoignage à la société au nom de laquelle ils y ont paru.

Incompétence de l'officier civil ; défaut absolu de publications ; défaut de publicité dans l'acte du mariage : tels sont donc les trois vices dont il peut être affecté sous le rapport de la forme, outre ce que nous avons dit précédemment.

OBSERVATIONS.

La théorie des nullités de mariages pour cause de clandestinité ou d'incompétence de l'officier de l'état civil a donné lieu à de graves difficultés.

I. On peut d'abord se demander si les tribunaux sont dans la nécessité de prononcer la nullité du mariage, pour incompétence de l'officier de l'état civil. Nous pensons que toute espèce d'incompétence n'entraîne pas nécessairement la nullité du mariage, et qu'à cet égard il y a des distinctions à faire.

A la seule lecture de l'article 193 on voit que le législateur laisse aux tribunaux un pouvoir discrétionnaire, en ce qui touche la nullité ou la validité des mariages contractés en contravention à l'article 165. Or cet article 165 ne se réfère pas seulement à la publicité, mais encore à la compétence. Donc la compétence comme la publicité, bien qu'imparfaite et incomplète, peut suffire pour la validité du mariage.

Il nous reste à examiner dans quels cas l'incompétence sera tellement entière et absolue, que le mariage doive nécessairement être regardé comme nul.

Il en serait sans aucun doute ainsi dans les cas suivants : 1° si le mariage avait été célébré par un simple particulier ou un officier public autre qu'un maire ou son adjoint, par exemple, ainsi qu'on l'a vu en 1791 et 1792, par un notaire; 2° s'il avait été célébré par un officier de l'état civil instrumentant sur des registres autres que ceux de sa commune, et par conséquent aussi incapable que le serait un simple particulier, de dresser sur ces registres étrangers un acte authentique.

Le pouvoir discrétionnaire que l'article 193 confère aux tribunaux, n'a certainement pas trait aux deux cas dont nous venons de parler. En effet, cet article s'occupe des cas où il y a contravention aux règles prescrites par l'article 165; or ce dernier article présuppose : 1° que le mariage est célébré par un *officier civil*, c'est-à-dire, par un maire ou son adjoint, conformément à l'article 13 de la loi du 28 pluviôse an VIII; 2° que cet officier a instrumenté sur ses registres (V. art. 40 et 49). L'article 165 ne statue directement que sur un point et ne prescrit qu'une seule règle en matière de compétence, à savoir que l'officier civil doit être celui du domicile de l'une des deux parties. C'est pour le cas où cette prescription aurait été violée, qu'un pouvoir discrétionnaire est conféré aux juges par l'article 193.

Quant aux mariages contractés à l'étranger, il y a nécessairement nullité lorsqu'on a violé les articles 47, 48 et 170 relatifs à la compétence de l'officier public. Ainsi le mariage a été contracté pardevant une personne qui n'avait pas dans le pays la qualité d'officier de l'état civil; ou bien un Français a épousé une étrangère en présence de l'agent diplomatique ou du consul français. Il devrait encore en être de même, suivant nous, dans le cas où un militaire français, ou une autre personne employée à la suite des armées, se seraient mariés en campagne hors du territoire du Royaume, pardevant un autre officier que celui qu'indiquent les articles 88 et suivants. Cependant la cour de cassation, par arrêt de rejet du 23 août 1826 (Sirey, 1827; partie 1re, pag. 108), a décidé que les articles 88 et suivants du Code ne privent point le français militaire du droit de se marier devant l'officier public du pays étranger dans

lequel il se trouve (V. aussi l'arrêt cité page 234, *observations*). Mais l'on peut opposer à cette doctrine que les articles 89 et suivants constituent, d'après l'art. 88, des exceptions aux dispositions précédentes du Code, et par conséquent aux articles 47 et 48; d'où résulte l'incompétence absolue des officiers publics désignés dans ces deux derniers articles, quant au mariage des militaires et autres personnes employées à la suite des armées. L'opinion que nous émettons est celle de Merlin.

II. Relativement aux mariages contractés en pays étrangers par des Français, une autre question a été soulevée. On s'est demandé quel doit être le sort de ces mariages, lorsqu'on n'a pas fait en France les publications ordonnées par l'article 170. Plusieurs systèmes ont été présentés à cet égard.

Dans un premier système, le mariage dont il s'agit est radicalement nul. En effet, dit-on, l'article 170 le déclare valable *pourvu qu'il ait été précédé des publications* prescrites par l'article 63. Il n'est donc valable que sous cette condition formellement exprimée par la loi.

Dans un deuxième système, le mariage est valable; et ce, par les motifs suivants : 1° les mots *pourvu que* de l'article 170 ne sont pas plus énergiques que les mots *ne pourra être célébré* des articles 64 et 65. Sans doute, ces articles 64, 65 et 170 contiendraient des dispositions irritantes, c'est-à-dire, prescrites à peine de nullité, s'ils étaient seuls dans le Code; mais ils sont expliqués par l'article 192, qui ne punit que d'une simple amende, ainsi que nous l'avons dit plus haut, l'omission des publications; 2° l'article 170 dit aussi; *pourvu que le français n'ait point contrevenu aux dispositions contenues au chapitre précédent;* or, dans ce chapitre, on trouve les articles 151 à 155, relatifs aux actes respectueux qui, évidemment et de l'aveu de tout le monde, ne sont point prescrits à peine de nullité du mariage.

Nous adoptons un troisième système, qui n'a rien d'absolu, et tient le milieu entre les deux autres. Il consiste à dire que dans le cas prévu par l'article 170, les publications doivent être considérées comme tenant lieu des solennités qui rendent publique la célébra-

tion du mariage lorsqu'elle a lieu en France ; que, par conséquent, si l'article 170 a été violé, il faut appliquer l'article 193, et conférer aux tribunaux un pouvoir discrétionnaire pour annuler ou maintenir le mariage, que des circonstances particulières ont pu rendre d'ailleurs suffisamment public. La jurisprudence paraît tendre vers ce dernier système; mais néanmoins elle est encore fort incertaine.

SECTION V.

Dispense des empêchements.

On peut obtenir la dispense de trois empêchements de mariage :

Le premier est celui qui a rapport à l'âge (art. 145 C. c.);

Le second est celui qui prohibe le mariage entre l'oncle et la nièce, ou la tante et le neveu (art. 164 C. c.) (*a*);

(*a*) On voit que d'après l'art. 164, il ne pouvait y avoir dispense pour le mariage au cas d'alliance en ligne collatérale au deuxième degré. Sur ce point, le Code était donc plus sévère que l'ancienne jurisprudence, où l'on accordait des dispenses pour le mariage entre beaux-frères et belles-sœurs. Il faut bien reconnaître cependant que ces sortes de mariages sont souvent fort utiles dans l'intérêt des enfants, qui peuvent retrouver une seconde mère dans la sœur de leur mère décédée. Quant au danger résultant de la familiarité qui existe entre des alliés aussi proches, elle existe de même et souvent beaucoup plus grande entre cousins et cousines, entre lesquels cependant le mariage est permis. Ces considérations et d'autres encore ont fait rendre la loi du 16 avril 1832, qui modifie notre article 164, et autorise le Roi à accorder des dispenses de mariages entre alliés en ligne collatérale au deuxième degré.

L'intérêt des enfants nés du premier mariage sera évidemment le

Le troisième est celui de la seconde publication des bans.

Dans les deux premiers cas, on doit s'adresser au ministre de la justice chargé d'en faire son rapport au Roi de qui l'on doit obtenir la dispense; mais il faut commencer par remettre la pétition au procureur du roi près le Tribunal d'arrondissement où l'on se propose de célébrer le mariage, s'il est question de degrés prohibés; ou à celui de l'arrondissement dans lequel l'impétrant est domicilié, s'il s'agit de dispense d'âge; pour que ce fonctionnaire, comme premier organe du Gouvernement, mette son avis au bas du mémoire.

L'ordonnance du Roi portant la dispense d'âge ou de parenté, doit être, en vertu d'ordonnance du président et sur la réquisition du procureur du Roi, enregistrée au greffe du Tribunal d'arrondissement dans lequel on veut célébrer le mariage; et une expédition mentionnant cet enregistrement doit être annexée à l'acte de célébration.

Les dispenses de seconde publication, étant moins importantes, sont accordées au nom du Gouvernement, par le procureur du Roi près le Tribunal de première instance dans le ressort duquel le mariage

---

motif le plus puissant qu'on puisse faire valoir pour obtenir la dispense. Le Gouvernement prendra également en considération l'avantage que les parents ou alliés trouveront à conserver un établissement indivis, à prévenir ou à terminer un procès. (V. la circulaire du garde des sceaux, en date du 29 avril 1832).

doit être célébré, à charge par ce fonctionnaire d'en rendre compte au ministre de la justice.

Cet acte de dispense est déposé au secrétariat de la commune où le mariage est célébré; et une expédition délivrée par le secrétaire, mentionnant ce dépôt, doit rester annexée à l'acte de célébration (1).

OBSERVATIONS.

Avant de terminer la matière des empêchements, nous devons examiner une question vivement controversée dans ces derniers temps, qui est celle de savoir si, d'après la loi civile, il y a empêchement au mariage des prêtres, diacres et sous-diacres catholiques.

La prohibition de ces mariages, établie par les deux premiers conciles de Latran dans le XIIe siècle, et renouvelée solennellement par le concile de Trente, n'a jamais été en France consacrée législativement par la puissance séculière. Cependant la jurisprudence des arrêts s'y conforma.

L'Assemblée Constituante voulant opérer la séparation de l'ordre civil et de l'ordre religieux, proclama que la loi ne considérait le mariage que comme un contrat civil (Constitution du 3 septembre 1791, art. 7, titre 2). C'était déclarer virtuellement que les empêchements du mariage ne seraient plus régis par la loi canonique.

En tête de cette même Constitution de 1791 se trouve d'ailleurs une disposition spéciale conçue en ces termes : « La loi ne reconnaît plus ni vœux religieux, ni aucun autre engagement qui serait contraire aux droits naturels. »

Aussi la loi du 20 septembre 1792 (tit. 4, section 1re), déterminant les qualités et conditions requises pour pouvoir contracter

(1) Voyez l'arrêté du 20 prairial an II, bull. 285, n° 2792, tom. 8, p. 495, 3e sér.

mariage, ne dit pas un mot de l'engagement dans les ordres sacrés.

Le Code civil garde le même silence; et il est formellement reconnu par M. Portalis, orateur du Gouvernement, présentant au corps législatif le titre *du mariage*, que l'empêchement dont il s'agit n'a plus lieu.

Après avoir dit que la puissance civile est seule en droit de veiller sur la validité du contrat civil de mariage, il ajoute en termes exprès : « *C'est d'après ce principe que l'engagement dans les ordres sacrés, le vœu monastique, la disparité de culte, qui, dans l'ancienne jurisprudence, étaient des empêchements dirimants, ne le sont plus*, etc. »

En présence de ces textes de loi et de ces autorités, on a cependant imaginé des arguments pour soutenir que l'empêchement dont il s'agit a été consacré par notre législation civile. 1° On a invoqué l'article 6 de l'ancienne Charte qui déclarait que la religion catholique *était la religion de l'Etat*. Mais ce n'était là évidemment qu'une prééminence d'honneur; car l'article 5 de la même Charte assurait aux autres cultes *la même liberté et la même protection*. Certainement cet article 6 n'a pas eu pour objet de transformer virtuellement en lois de l'Etat tous les canons de l'Eglise. Car s'il en eût été ainsi, tous les Français, sans distinction, auraient été soumis à ces canons, ce qui eût effacé l'article 5, et anéanti la liberté des cultes. En outre tous les autres empêchements canoniques en matière de mariage auraient été ressuscités. Il aurait fallu interdire le mariage jusqu'au quatrième degré en ligne collatérale, ce qui, suivant la supputation catholique, correspond au huitième degré du droit civil; le mariage purement civil serait un concubinage; enfin le divorce aurait été implicitement aboli par la seule promulgation de la Charte de 1814, et la loi du 8 mai 1816 aurait été inutile. Au reste, en admettant même que toutes ces absurdes conséquences découlassent de l'article 6 de la Charte de 1814, on ne pourrait plus en argumenter aujourd'hui, puisqu'il a été abrogé par la Charte de 1830, dont le nouvel article 6 déclare seulement que la religion catholique *est professée par la majorité des Français*. 2° On a cité deux lettres du ministre des cultes, dont la première, écrite le 14

janvier 1806 à l'archevêque de Bordeaux, annonce que l'Empereur a défendu aux officiers de l'état civil de célébrer un mariage projeté par un prêtre ; et finit ainsi : *la sagesse d'une telle mesure servira à diriger l'esprit des administrations civiles dans une matière que nos lois n'avaient pas prévue ;* et dont la seconde, adressée le 30 janvier 1807, au préfet de la Seine-Inférieure, dit que la loi civile *se tait sur le mariage des prêtres*, mais que cependant une décision de S. M. défend de tolérer le mariage de ceux qui ont repris les fonctions de leur ministère depuis le concordat. Mais qu'est-ce que tout cela, sinon de simples lettres ministérielles sans aucune autorité législative (car on n'a pas même osé faire de décret sur ce point), et dans lesquelles le silence de la loi, et par conséquent l'arbitraire de la mesure prise, sont avoués sans détour? 3° Enfin on se fonde (et c'est le seul argument qui ait quelque apparence de consistance) sur l'article 6 de la loi du 18 germinal an x, organique du concordat de l'an ix. Deux arrêts de la Cour royale de Paris, du 27 octobre 1828 et du 14 janvier 1832, (ce dernier rendu après partage), supposent formellement que les articles organiques du concordat du... messidor an ix, donnent aux lois de l'Eglise la force de lois de l'Etat ; ce qui, avec un peu de logique, mènerait bien loin, comme nous l'avons remarqué plus haut. Un arrêt de rejet de la Cour de cassation, du 21 février 1833, statue dans le même sens ; mais il nous est impossible de ne pas dire qu'il est de la dernière évidence que l'article 6 de la loi de germinal an x, qui ne parle que de l'*appel comme d'abus*, considère uniquement les prêtres comme fonctionnaires devant, dans l'exercice de leurs fonctions salariées par l'Etat, se conformer aux canons de l'Eglise, et nullement comme simples particuliers rentrant dans la vie privée et invoquant le bénéfice de la loi commune. Enfin M. Portalis, en présentant le projet de loi du 18 germinal an x, a bien reconnu cette vérité, et a déclaré formellement que *la défense qui leur est faite du mariage* (*aux prêtres catholiques*) *n'est point consacrée comme empêchement dirimant dans l'ordre civil.*

Argumentera-t-on de ce mot *dirimant* pour dire que l'empêchement

est au moins prohibitif, et que la loi ecclésiastique a été consacrée par la loi civile au moins sous ce point de vue. Telle n'a certainement pas été la pensée de M. Portalis. Ce qui le prouve, ce sont les propres paroles que nous avons citées plus haut, tirées de son discours de présentation du titre *du mariage*. Il est impossible au moins de disconvenir que si l'empêchement dont il s'agit a été établi par le concordat, il a disparu par la promulgation du titre *du mariage*, aux termes de la loi du 30 ventôse an XII.

Les mêmes principes devraient être appliqués en ce qui regarde les femmes engagées dans des congrégations religieuses reconnues par la loi.

Si notre législation paraît imparfaite sur ce point, il faut la corriger. Mais les considérations les plus honorables et les plus dignes de respect ne peuvent autoriser les magistrats ou les jurisconsultes à s'ériger eux-mêmes en législateurs. D'ailleurs qui voudrait aujourd'hui mettre le droit canonique, surtout au point de vue de la discipline ecclésiastique, en harmonie complète avec les législations modernes, et en particulier avec celle de la France, tenterait une entreprise aussi dangereuse qu'impossible.

SECTION VI.

Des oppositions aux mariages.

Qui est-ce qui peut former opposition au mariage de quelqu'un?

A qui l'opposition doit-elle être signifiée?

Dans quelles formes doit-elle être notifiée?

Comment doit-on procéder sur la main-levée?

§ 1er.

Qui est-ce qui peut former opposition au mariage de quelqu'un.

La loi charge l'officier civil de vérifier soigneusement si les parties contractantes ont rempli toutes

les conditions nécessaires pour que leur mariage soit valable et licite : elle lui impose ce devoir, et elle le punit quand il y manque.

On a dû prévoir qu'il serait possible qu'il fût trompé; mais on n'a pas dû penser que sa vigilance fût inutile.

En conséquence, après cette précaution généralement prise pour tous les mariages, le législateur n'a pas voulu qu'on pût arbitrairement et sans motifs troubler la paix des familles qui se livrent aux plus doux sentiments de la nature, dans l'espoir d'une union prochaine; c'est pourquoi l'action en opposition n'est ici accordée qu'à ceux dont les droits ou l'autorité seraient méconnus, ou à ceux qui doivent naturellement être présumés n'agir que par des sentiments louables (*a*).

(*a*) Si l'opposant n'a pas, conformément aux dispositions du Code, le droit de former opposition, l'officier de l'état civil peut passer outre, et procéder à la célébration. Cependant ce point est contesté; et pour décider la négative, on s'est fondé sur les termes généraux de l'article 68.

Mais il faut répondre que l'article 68 doit s'entendre d'une opposition formée dans les termes de la loi, c'est-à-dire par une personne qui réunit les qualités et allègue les motifs que le Code a déterminés. Dans le système contraire, on ne saurait concevoir pourquoi le législateur aurait réglé avec tant de soin et d'une manière aussi restrictive tout ce qui est relatif à ces motifs et à ces qualités. Evidemment il n'a pas voulu que le premier venu, ou même qu'un proche parent, alléguant des motifs frivoles ou difficiles à justifier, pussent venir arrêter la célébration d'un mariage.

Mais indépendamment du droit de former opposition, chacun

C'est d'après ces principes que le droit de former opposition à un mariage n'est explicitement accordé par le Code qu'aux personnes suivantes :

1° A celle qui serait engagée par un mariage précédent avec l'une ou l'autre des parties contractantes (art. 172 C. c.) ; parce qu'ayant un droit acquis, il doit lui être permis de mettre obstacle à tout ce qui y est contraire.

Comme la bigamie est un crime qu'il importe à l'ordre public de prévenir, plutôt que de le laisser commettre, et que la tentative en pourrait déjà être punissable, nous croyons que, d'après les principes du droit commun, le procureur du Roi serait aussi en droit de former opposition au mariage dans ce cas ; mais tout autre, si ce n'est les ascendants, n'aurait que la voie de la dénonciation au ministère public (*a*).

---

peut avertir l'officier de l'état civil de l'existence d'un empêchement prohibitif ou dirimant ; et si, ayant ainsi connaissance de l'empêchement, l'officier public célèbre le mariage, il s'expose à être destitué suivant la gravité des circonstances, et même condamné à des dommages-intérêts. Il peut en outre, dans certains cas, encourir des peines proprement dites (V. C. civ., art. 156 et 157, et C. pén. art. 194 et 340). On voit que ces cas diffèrent entièrement de ceux dans lesquels il y a eu opposition formée par une personne ayant qualité à cet effet, et pour les motifs déterminés par la loi lorsque cette qualité ne dispense pas de déduire des motifs. (V. art. 176). L'opposition étant ainsi légalement formée, l'officier de l'état civil ne peut être juge de son mérite définitif, et c'est alors qu'il doit nécessairement surseoir à la célébration du mariage, conformément à l'article 68.

(*a*) On peut, à l'appui de l'opinion de l'auteur, invoquer l'art. 46

2° Aux père et mère et, à leur défaut, aux aïeuls et aïeules, parce qu'ils ont droit de s'opposer à tout acte contraire à leur autorité : ils ont même cette faculté, lorsque le futur époux n'est plus en puissance (art. 173 C. c.), parce que la loi présume assez de leur tendresse, pour qu'on ne doive pas craindre l'abus du pouvoir qu'elle leur confie (*a*).

---

de la loi du 20 avril 1810. Cet article est ainsi conçu : « En matière civile, le ministère public agit d'office dans les cas spécifiés par la loi. Il surveille l'exécution des lois, des arrêts et des jugements. *Il poursuit d'office cette exécution dans les dispositions qui intéressent l'ordre public.* » Certainement ce deuxième alinéa n'ajouterait rien au premier et serait inutile, s'il ne se référait qu'au cas où une loi formelle et spéciale confère au ministère public la voie d'action. La loi du 20 avril 1810 a donc singulièrement étendu les attributions du ministère public ; et il nous paraît certain qu'il peut en vertu de cet article former opposition, même au cas d'un empêchement simplement prohibitif, par exemple, s'il s'agit du mariage d'un militaire qui n'a pas obtenu la permission des supérieurs auxquels il doit la demander. Quelques personnes laissant de côté la loi de 1810, accordent au ministère public le droit de former opposition, mais seulement dans les cas où, si le mariage avait eu lieu, il pourrait en requérir la nullité (V. art. 184 et 191) ; on tire ainsi de ces articles un argument *a fortiori sensu.* Mais cet argument ne nous paraît pas convaincant. En effet, l'action en nullité intentée par le ministère public ne cause aux parties aucun préjudice, si elle est mal fondée ; tandis qu'il en est autrement de l'opposition qui retarde le mariage.

(*a*) I. L'auteur dit : *aux père et mère.* Mais n'oublions pas les expressions de l'art. 173 : *le père et, à défaut du père, la mère.*

II. Quand même il n'existerait aucun motif légal d'empêchement,

3° Le conseil de famille, dont le consentement est nécessaire au mariage d'un mineur, peut délibérer d'y former opposition, et charger le tuteur ou le curateur de la poursuite : mais le tuteur ni le curateur ne peuvent de leur autorité propre, former cette opposition (art. 175 C. c.) (*a*).

---

l'opposition faite par l'ascendant n'en serait pas moins valable ; car l'art. 176 dit formellement que les ascendants ne sont pas tenus d'énoncer des motifs. On a voulu, comme l'explique M. Portalis, permettre à l'ascendant d'arrêter le mariage au moyen d'une opposition, afin d'employer ce délai à ébranler la résolution de l'enfant, et à le ramener par des conseils salutaires. Mais en définitive les tribunaux devront donner main-levée de l'opposition si l'enfant ayant atteint la majorité fixée par l'art. 148, il n'existe pas d'empêchement de la nature de ceux que la loi a déterminés. (V. sur ce point un arrêt de la Cour de cassation du 7 novembre 1814, qui casse un arrêt de la Cour de Bourges, du 30 mars 1813).

(*a*) L'article 175 donne au tuteur, autorisé par le conseil de famille, le droit de former opposition au mariage dans les deux cas prévus par l'article 174. Il est assez difficile de comprendre le sens de cette disposition quand il s'agit du premier cas, c'est-à-dire, du cas de démence. En effet, le conseil de famille instruit de la démence du futur époux mineur, n'a-t-il pas un moyen bien simple d'empêcher le mariage en révoquant l'autorisation qu'il a donnée? Est-il raisonnable qu'il maintienne cette autorisation, et qu'en même temps il permette au tuteur de former opposition au mariage?

Il faut peut-être se borner à dire que l'article est rédigé d'une manière vicieuse. Toutefois, on a cherché à en donner une explication raisonnable ; on a dit qu'au cas où un ascendant non investi de la tutelle aurait inconsidérément consenti au mariage du mineur, on peut concevoir que le conseil de famille s'entende avec le tuteur

4° A défaut d'aucun ascendant (art. 174 C. c.), les frères et sœurs, oncles et tantes, cousins et cousines germains majeurs, sont recevables à former opposition; mais dans deux cas seulement : le premier, lorsque le consentement du conseil de famille est nécessaire, et n'a point été obtenu; le second, lorsque l'opposition est fondée sur la démence; et alors l'opposant doit, pour être accueilli dans sa demande, se soumettre à provoquer l'interdiction de son parent (art. 490).

On voit, par cette énumération des personnes auxquelles la loi accorde ici la faculté de l'opposition, qu'elle n'autorise ni les descendants à s'opposer au mariage de leurs ascendants, ni les neveux et nièces à celui de leurs oncles ou tantes, par rapport au respect que les enfants doivent à leurs ascendants, ou à ceux qui leur en tiennent lieu.

---

pour y former opposition à raison de la démence du mineur. Mais l'article 175, en renvoyant au cas prévu par l'article 174, ne suppose-t-il pas qu'il n'existe point d'ascendants? (V. les premiers mots de l'article 174).

Une autre explication plus plausible consiste à dire que le conseil de famille, dans l'incertitude où il peut se trouver sur la réalité de la démence, ne voudra peut-être pas révoquer l'autorisation qu'il a donnée, et cependant permettra au tuteur de s'opposer au mariage à ses risques et périls. On pourrait encore supposer que l'autorisation a été donnée par un tuteur *ad hoc* dans le cas prévu dans l'article 159, et que le conseil de famille autorise le tuteur ordinaire à former opposition.

§ 2.

A qui l'opposition doit-elle être signifiée?

L'acte d'opposition à un mariage doit être signé sur l'original et la copie par l'opposant, ou par son fondé de procuration spéciale et authentique; il doit être signifié avec la copie de la procuration, à la personne ou au domicile *des parties*, et à l'*officier* de l'état civil qui doit mettre son *visa* sur l'original (art. 66 C. c.).

Ainsi, lorsqu'un père forme opposition au mariage de son fils, il est obligé de la notifier non-seulement à ce fils, mais encore à la future épouse, puisqu'elle doit être signifiée *aux parties*.

L'officier de l'état civil auquel cette notification doit être faite, n'est pas nécessairement celui devant lequel les parties contractantes doivent se présenter pour célébrer leur mariage; c'est celui du domicile de l'opposant qu'on doit entendre ici : l'opposition formée de cette manière est suffisante, parce que l'officier civil du domicile des futurs époux, s'il est différent, ne peut passer outre, qu'autant qu'on lui aura remis un certificat de l'autre, constatant qu'il n'y a point d'opposition (Art. 69 C. c.).

§ 3.

Dans quelles formes l'opposition doit-elle être notifiée?

Tout acte d'opposition doit énoncer la qualité qui donne à l'opposant le droit de la former : il doit contenir les motifs de l'opposition, à moins qu'il ne soit

fait à requête d'un ascendant : enfin, il doit contenir élection de domicile *au lieu où le mariage devra être célébré* : le tout à peine de nullité et d'interdiction de l'officier ministériel qui a signé l'acte d'opposition (art. 176 C. c.).

Mais comment doit-on remplir l'obligation imposée à l'opposant de faire élection de domicile dans le lieu *où le mariage devra être célébré ?* Supposons, par exemple, que le père qui veut former opposition au mariage de son fils soit domicilié à Paris ; que ce fils soit domicilié à Mayence, et que la future épouse demeure à Bruxelles : le mariage pourra également être célébré ou à Bruxelles ou à Mayence (Art. 74 et 165 C. c.) ; faudra-t-il que le père fasse une double élection de domicile dans l'une et l'autre de ces deux villes ?

L'élection de domicile est attributive de juridiction (Art. 111 C. c.) ; elle n'est prescrite ici que pour empêcher celui au mariage duquel on s'oppose, d'être distrait de son ressort, afin qu'en sa qualité de demandeur en main-levée, il ne soit pas obligé d'aller plaider devant le Tribunal du domicile de l'opposant : c'est donc à Mayence seulement que le père dont il s'agit devrait faire son élection de domicile, puisque celle qu'il aurait faite à Bruxelles ne remplirait pas le vœu de la loi.

§ 4.

Comment doit-on procéder sur la demande en main-levée ?

L'article 67 du Code impose à l'officier de l'état civil, l'obligation d'inscrire sur son registre les opposi-

tions formées aux mariages, et de mentionner ensuite, en marge de cette inscription, les *expéditions* des jugements ou *actes* de main-levée : ce texte suppose évidemment que la main-levée d'une opposition au mariage ne doit pas nécessairement être le résultat d'un jugement; mais qu'elle peut être aussi donnée par un acte authentique volontairement consenti.

L'on ne voit rien qui empêche l'opposant de donner main-levée, par acte volontaire, quand l'opposition n'a été faite que dans son intérêt privé, comme s'il s'agit d'un père qui, changeant d'avis, peut donner un consentement qu'il avait d'abord refusé : mais si l'opposition était fondée sur une cause d'ordre public, comme lorsqu'elle est formée par une personne engagée dans les liens d'un mariage précédent avec l'un ou l'autre des futurs époux, l'officier de l'état civil ne pourrait avoir égard à une main-levée donnée par acte volontaire, parce que ce serait aux Tribunaux, et non à lui, à décider si le premier mariage doit être réputé valable, et s'il peut être permis à celui qui s'y était engagé, d'en contracter un second.

Il peut donc y avoir, en cette matière, des cas où la main-levée, donnée par acte volontaire, serait suffisante, et d'autres où la décision de la justice serait nécessaire.

Il serait même possible qu'un acte d'opposition dût être déclaré nul, pour n'être pas revêtu des formalités requises, et qu'on dût néanmoins, par des motifs d'ordre public, défendre à l'officier de l'état civil, de passer outre à la célébration du mariage.

Le demandeur en main-levée peut, à son choix, porter la cause ou au Tribunal du domicile de l'opposant, ou à celui du domicile élu dans l'acte d'opposition (art. 59 C. de pr.), et nous ne croyons pas qu'il soit nécessaire de citer d'abord en conciliation, même dans les cas où la main-levée volontaire pourrait être donnée par l'opposant, parce que le Code civil classe ces sortes d'instances au nombre des causes urgentes, et que celui de la procédure (art. 49 C. de pr.) dispense du préliminaire de la conciliation les demandes qui requièrent célérité.

La loi oblige le Tribunal de première instance de statuer dans les dix jours (art. 177 C. c.) ; ce qui doit être entendu non pas en ce sens que le fond doive toujours être décidé dans ce bref délai, parce qu'il est possible que la cause n'en soit pas susceptible; mais qu'on doit au moins statuer préparatoirement, quand on ne peut pas encore prononcer au fond, comme lorsqu'il s'agit d'une opposition formée à cause de la démence du futur époux, pour l'admission ou le rejet de laquelle il peut être nécessaire de procéder en préalable sur son interdiction, si les faits posés à ce sujet sont trouvés pertinents (art. 174 C. c.).

S'il y a appel, la Cour doit satuer dans les dix jours de la citation par-devant elle (art. 178 C. c.) ; et dans tous les cas, lorsque l'opposition est rejetée, les opposants, autres que les ascendants, peuvent être condamnés à des dommages et intérêts (Art. 179 C. civ.).

SECTION VII.

Des actions en nullités de mariage.

Le mariage appartenant au droit public, les nullités dont il peut être affecté sont régulièrement proposables par toutes parties intéressées, à moins que la loi n'en ait restreint l'action en faveur de quelques personnes seulement (*a*).

Un principe fondamental en matière d'actions, c'est qu'elles sont la mesure de nos intérêts : ainsi quiconque n'a point d'intérêt à une chose, ne peut être recevable à intenter une action pour la demander.

La nullité d'un mariage intéresse les époux eux-mêmes; elle peut intéresser aussi leurs parens et le ministère public (*b*).

(*a*) Voir relativement au sens des mots : *droit public*, la note *a* de la page 7.

(*b*) Il faut observer que les articles 184 et 191 attribuent l'action en nullité non pas seulement aux parents, mais en général *à tous ceux qui y ont intérêt.* De là, il nous paraît certain que toute personne peut invoquer les nullités d'ordre public dont parlent ces articles, à raison d'un intérêt pécuniaire quelconque, par exemple, pour repousser l'application de l'article 217, ou pour empêcher la femme d'exercer l'hypothèque légale. (V. art. 2121). En vain invoquerait-on en sens contraire l'article 187, où il est question de l'action en nullité fondée sur un intérêt de succession. Il est facile de répondre que l'article 187, parlant d'un cas spécial pour bien faire comprendre que l'intérêt doit être *né et actuel,* n'exclut nullement les autres cas. Cet article décide que l'intérêt des successibles

Elle intéresse en premier lieu les époux, parce que l'état de la personne est, pour tout citoyen (*a*), ce qu'il y a de plus important dans la vie civile.

Elle peut intéresser les parents des époux sous deux aspects différents; soit par rapport aux ascendants ou au conseil de famille dont les droits auraient été lésés par la célébration d'un mariage, faite sans leur consentement, dans les cas où il est nécessaire; soit par rapport aux effets des conventions matrimoniales, ou aux droits de successibilité, desquels il peut être important, même pour les collatéraux, d'écarter le donataire, ou les enfants issus d'un mariage nul.

Enfin elle intéresse le ministère public (*b*), parce que rien n'est plus contraire aux bonnes mœurs et au repos des familles que la violation des lois sur le mariage.

Mais quoiqu'en thèse générale, les époux, leurs ascendants, leurs descendants, leurs collatéraux et le ministère public, puissent avoir qualité pour proposer la nullité d'un mariage, tous n'y sont pas également recevables dans tous les cas; parce que, d'une part,

---

ne doit pas consister dans une simple espérance de succéder, mais dans un droit prétendu à une succession. Ainsi les enfants d'un premier mariage et les collatéraux ne pourront faire constater d'avance la nullité en forme de mesure conservatoire. L'article 1180 n'est fait que pour ceux qui ont la qualité de *créanciers conditionnels*.

(*a*) Supprimer l'expression impropre de *citoyen*.

(*b*) Il faut dire qu'elle intéresse *la société*, dont le ministère public est en cette matière le représentant.

tous n'ont pas simultanément le même intérêt, et que d'autre côté, la diversité des causes d'où peuvent provenir les nullités, influe essentiellement sur le choix des personnes qui peuvent les proposer.

Nous avons donc à examiner ici quel doit être l'intérêt des parties, pour qu'il leur soit permis d'agir, et quelles sont les causes de nullités qui limitent plus ou moins l'exercice de l'action.

Sous le rapport de l'intérêt, il est, comme nous venons de le dire, la mesure de nos actions : il faut donc avoir un intérêt pour pouvoir agir; et par la même raison, il faut avoir un intérêt né et actuel pour pouvoir agir actuellement, parce que l'effet ne peut précéder la cause.

Ce principe nous conduit à faire une distinction essentielle entre la condition des ascendants et celle des collatéraux.

Les ascendants, comme chefs de leurs familles, sont chargés d'y maintenir la paix et le bon ordre; ils ont donc le droit de s'opposer à tout ce qui serait capable d'y apporter du trouble.

La loi les a revêtus d'une autorité sur leurs enfants; ils ont donc le droit de faire respecter leur magistrature domestique, et de réprimer les atteintes qu'on y aurait portées.

Il existe entre les acendants et leur postérité, un devoir réciproque de se fournir les uns aux autres, des aliments dans le besoin; les ascendants ont donc le droit, et de surveiller la garantie de cette ressource pour eux-mêmes, et d'empêcher que cette obligation, en ce qui les concerne, ne soit injustement étendue

hors de ses bornes, en mettant à leur charge une postérité désavouée par la loi.

Enfin, dans tous les cas, ils sont en droit de conserver leur patrimoine, pour le transmettre à des donataires de leur choix ou aux héritiers de la loi, et le garantir de toute invasion de la part d'une descendance illégitime.

Il résulte de là que les ascendants ont toujours un intérêt né et actuel, et qu'ils peuvent agir sans délai, chaque fois que l'action en nullité de mariage leur appartient contre leurs descendants.

Il n'en est pas de même des collatéraux : tous les droits comme tous les devoirs dont nous venons de parler, leur sont étrangers : ils n'ont donc pas toujours un intérêt né et actuel. Ce n'est que comme héritiers qu'ils peuvent agir, soit pour faire déclarer nulles quelques libéralités matrimoniales, soit pour écarter d'une succession des enfants illégitimes qui se présenteraient pour la recueillir à leur préjudice ; il faut donc qu'ils attendent l'ouverture des droits éventuels qui doivent servir de fondement à leur action.

La condition des ascendants diffère encore de celle des collatéraux, en ce que leurs droits se rattachent à des principes de morale et d'ordre public, tandis que ces derniers n'agissent que dans leur intérêt propre : d'où il résulte que l'action des ascendants est plus favorable que celle des collatéraux; c'est pourquoi ceux-ci sont plus souvent exposés à se voir écartés par fin de non-recevoir.

Quant aux enfants, il ne suffit pas toujours qu'ils

aient un droit ouvert; il faut encore que le respect qu'ils doivent à leurs père et mère, ne les condamne pas au silence.

Nous avons dit que la diversité des causes d'où peuvent provenir les nullités de mariage, influe aussi sur le choix des personnes qui peuvent les proposer, parce qu'il y a des nullités dont nul autre ne peut avoir la conscience que celui qui a été personnellement offensé.

Pour appliquer les règles qui conviennent à chaque genre de nullités, nous les distinguerons en trois classes : la première comprendra les nullités qui peuvent naître du défaut de consentement; la seconde, celles qui peuvent affecter le mariage dans les cas où il est prohibé entre les époux; la troisième enfin, celles qui peuvent résulter de la violation des formes.

§ 1er.

De l'action en nullité pour défaut de consentement.

Le défaut de consentement peut être relatif aux époux qui n'auraient agi que par erreur ou violence, et aux ascendants ou au conseil de famille dont l'assentiment n'aurait pas été obtenu.

Lorsque le mariage a été contracté sans le consentement libre et éclairé de l'un ou l'autre des époux, la nullité n'est proposable que par celui d'entr'eux qui a souffert la violence, ou qui a été induit en erreur (art. 180 C. c.), parce que nul autre que lui ne peut être juge de son erreur ou de sa contrainte.

Cette action n'est plus recevable après six mois de cohabitation depuis la cessation de la contrainte ou de la

découverte de l'erreur (Art. 181 C. c.), parce qu'alors la ratification tacite du contrat est censée intervenue (*a*).

(*a*) I. Il est vrai que l'art. 181 a considéré la cohabitation continuée pendant six mois comme une exécution volontaire du contrat. Mais il nous paraît qu'on doit décider aussi que le vice du mariage pourrait être purgé par d'autres moyens, comme le vice d'une convention ordinaire pourrait l'être. Ainsi nous admettrions la ratification expresse opérée dans les termes de l'art. 1338 ; par conséquent, il faudrait également appliquer l'art. 1304, et déclarer que le vice du contrat serait purgé, si dix ans s'étaient écoulés depuis que la violence a cessé ou que l'erreur a été découverte. Il est possible, en effet, que dix ans se soient écoulés depuis cette époque, sans que jamais il y ait eu six mois de cohabitation continue.

II. On s'est demandé si la grossesse survenue pouvait être considérée comme constituant un fait de ratification tacite. Il faut décider la négative, qui d'ailleurs a été formellement admise dans les discussions du Conseil d'état. Si l'action en nullité appartient à la femme, sa grossesse peut être le résultat de la crainte et de la violence. Si, au contraire, c'est le mari qui a l'action, il ne faut pas que la femme ait intérêt à se procurer une fin de non-recevoir par un adultère.

III. Si la nullité n'est pas encore couverte, les héritiers de l'époux à qui elle appartenait peuvent-ils l'exercer ? Pour l'affirmative, on fait valoir les raisons suivantes : 1°, dit-on, il est de principe général que les actions qui appartiennent à une personne passent à ses héritiers ; 2° les articles 184 et 187 ne sont pas contraires à cette doctrine, comme limitant les cas dans lesquels les parents des époux peuvent exercer l'action en nullité ; en effet, dans les cas prévus par ces articles, les parents ont l'action de leur chef, comme personnes intéressées, et ce, lors même qu'ils ne seraient héritiers d'aucun des deux époux. Au contraire, dans le cas de l'article 180, on ne donne l'action qu'aux héritiers en leur qualité de repré-

La nullité qui naît du défaut de consentement des ascendants ou du conseil de famille, n'est proposable que de la part de ceux dont ce consentement était requis, et de la part de l'époux qui en avait besoin (art. 182 C. c.); parce que, s'ils n'agissent ni les uns ni les autres, ils sont censés ou avoir voulu dans le temps, ou avoir ratifié après (*a*).

---

sentants de l'époux, et par conséquent à la condition que celui-ci ne l'aurait pas lui-même perdue; 3° il paraît bien étrange d'admettre que si l'époux violenté mourait au bout de quelques jours après le mariage, peut-être même par suite des violences exercées sur sa personne, le mariage ne pût être attaqué. Toutefois, et malgré ces graves raisons de douter, nous pensons que l'opinion contraire doit être admise. Ce qui nous détermine, c'est que les mêmes raisonnements nous amèneraient à donner l'action aux héritiers au cas de l'article 182, c'est-à-dire, au cas où le consentement des personnes qui devaient autoriser le mariage n'a pas été obtenu; or, donner une pareille action à des collatéraux paraît tout à fait choquant et en désaccord avec l'esprit de la loi. La doctrine que nous proposons pourra, sans doute, dans quelques circonstances extraordinaires, présenter des inconvénients; mais aussi elle coupera court à beaucoup de procès scandaleux qui seraient mal à propos intentés par des héritiers.

(*a*) I. Si l'ascendant dont l'autorité a été méconnue n'existe plus, ou ne peut plus manifester sa volonté, l'action passe-t-elle à l'ascendant du degré subséquent, ou même au conseil de famille? Non, l'article ne parle que de ceux dont le consentement était requis. L'ascendant plus éloigné ou le conseil de famille ne peuvent prétendre que leur autorité ait été méconnue.

II. L'article 182 ne parle pas du cas où l'enfant naturel se serait marié sans le consentement du tuteur *ad hoc*, qui lui avait été donné. Mais il faut, sans doute, appliquer à ce cas cet article

Cette action est prescrite, et toute réclamation est interdite soit aux époux, soit aux parents, si le mariage a été approuvé expressément ou tacitement par ceux-ci, ou si, depuis qu'ils en ont eu connaissance, il s'est écoulé une année sans réclamation de leur part. (art. 183 C. c.) (*a*).

---

par voie d'analogie. En effet, d'une part, l'article 159 décide que l'enfant naturel *ne pourra se marier* sans le consentement d'un tuteur *ad hoc*. Or, comme nous l'avons établi en principe, dire que tel ou tel acte ne peut être fait, c'est dire que la loi en proclame l'invalidité. D'un autre côté, l'article 182 ne paraît point rédigé dans un sens limitatif. Son but principal n'est pas d'établir la nullité résultant du défaut de consentement, laquelle est plutôt présupposée, mais de décider que cette nullité n'est que *relative*. Si l'article ne parle pas du cas où le consentement devait être donné par un tuteur *ad hoc*, c'est probablement parce qu'il est rédigé de manière à conférer l'action non seulement à l'époux, mais aussi à ceux dont le consentement était nécessaire, tandis que dans le cas de l'article 159, l'action ne pourra jamais être exercée que par le mineur. En effet, 1° il est possible que ce dernier se soit marié sans avoir requis et obtenu la nomination d'un tuteur *ad hoc*; ce sera même là le cas le plus ordinaire; 2° ce tuteur, s'il a été nommé, n'est plus rien après avoir refusé son consentement, tandis que les ascendants et la famille sont liés au mineur et ont sur lui une autorité permanente.

(*a*) Si l'époux avait déjà intenté son action, cette action tomberait-elle par suite de la ratification de l'ascendant? Non, dit-on, parce qu'il est de principe que le demandeur doit obtenir ce qui lui était dû au début de l'action. Mais 1° ce principe n'est vrai que dans le cas où le défendeur peut acquiescer à la demande; il en est autrement ici, où il faut nécessairement instruction et jugement; 2° la présomption de séduction tombe devant la ratification des parents. Mais si l'action des ascendants ne s'était éteinte que par

Elle est prescrite encore à l'égard de l'époux, lorsque, sans réclamer, il a laissé écouler une année depuis l'âge compétent pour consentir par lui-même au mariage ; d'où il résulte que la fin de non-recevoir peut être acquise contre l'époux après le délai d'un an, depuis sa majorité, tandis qu'elle ne le serait pas contre les parents auxquels on aurait dérobé plus longtemps la connaissance du mariage (*a*).

Nous terminerons ce paragraphe en observant que la loi ne limitant l'action en nullité pour défaut de consentement, que par rapport à la ratification postérieure qu'elle veut qu'on présume au besoin, il faudrait décider autrement, et dire que la nullité serait perpétuelle, s'il s'agissait du mariage d'un interdit pour cause d'imbécillité ou de démence, parce que,

---

la prescription pendant la durée de l'instance introduite par l'époux, nous pensons que celui-ci conserverait son action intacte. Le motif est que les ascendants ont dû juger inutile d'exercer l'action déjà intentée par l'époux.

(*a*) L'âge compétent dont il est ici question, c'est-à-dire l'âge auquel on peut se marier sans le consentement de qui que ce soit, est pour les femmes la majorité ordinaire. Mais quant aux hommes, il n'en est pas toujours ainsi ; car pour celui qui a des ascendants, cet âge compétent est fixé à vingt-cinq ans. (V. art. 148, Comp. art. 185). Peu importe même qu'il ait perdu ceux dont le consentement était requis à l'époque du mariage qu'il a indûment contracté. L'ascendant actuellement existant peut donner une ratification valable, puisque le fils dépend de lui quant au mariage, quoique cet ascendant, ainsi que nous l'avons décidé plus haut, ne puisse en demander la nullité.

dans cet état, il aurait été aussi incapable de ratifier après coup, que de consentir dès le principe (a).

(a) Il n'est pas question de l'interdiction dans le chapitre 4, relatif aux demandes en nullité de mariage. Mais l'article 146 déclare qu'il n'y a pas de mariage lorsqu'il n'y a pas de consentement; d'où il résulte que le législateur a entendu en cette matière s'en référer aux principes généraux sur l'interdiction. Aussi, dans le chapitre premier, a-t-on retranché, en le déclarant inutile, un article qui annulait le mariage de l'interdit. De là nous conclurons qu'on doit faire ici l'application des articles 502, 503 et 504.

Toutefois un arrêt de cassation du 9 janvier 1821 (V. Sirey, 1821, partie 1, p. 157), cassant un arrêt de la Cour royale de Paris, du 18 mai 1818, décide que les collatéraux n'ont pas l'action en nullité pour cause de démence de l'époux. Dans le système de cet arrêt de cassation, on argumente de ce que l'article 184 est limitatif, et on prétend que l'action *n'appartient* qu'à l'interdit ou à son tuteur. Mais on peut combattre cet arrêt de la manière suivante : 1°, dira-t-on, si l'art. 146 ne renvoie pas purement et simplement aux principes généraux en matière d'interdiction, on sera conduit à dire que l'interdit lui-même ne peut attaquer le mariage qu'il a contracté en état d'interdiction ; en effet, l'article 184 ne parle point de l'interdit, et ne lui confère point cette action. L'article 180 ne traite que du cas où le consentement n'a pas été libre ou bien est vicié par une erreur dans la personne. On est donc nécessairement conduit à décider qu'il faut ici recourir aux principes généraux, c'est-à-dire aux art. 502, 503 et 504. 2° L'article 184 ne s'occupe que des cas de nullités absolues, et n'a rien de commun avec un cas de nullité relative. D'ailleurs cet article n'est pas même restrictif en matière de nullités absolues, car personne ne soutiendra que la nullité du mariage de l'individu frappé de mort civile ne puisse être invoquée par toutes les personnes intéressées, bien que l'article 184 n'en fasse pas mention. (V. art. 25.)

§ 2.

De l'action en nullité de mariage dans les cas prohibés par la loi.

Ces cas se rapportent à trois hypothèses générales : la première, si le mariage a été contracté avant l'âge requis; la seconde, s'il a été célébré au préjudice d'un premier encore subsistant; la troisième, s'il a été célébré en degrés prohibés.

1° Lorsqu'il est question d'un mariage contracté avant l'âge de puberté fixé par le Code, l'action en nullité appartient soit aux époux, soit au ministère public, soit à tous ceux qui y ont un intérêt né et actuel (art. 184 C. c.), sous la seule exception des ascendants qui auraient consenti au mariage (art. 186 C. c.), parce qu'il ne faut pas qu'ils puissent encore se jouer de la foi du mariage, après s'être joués des lois (*a*).

(*a*) On peut se demander dans quel cas on pourra concevoir, au profit des ascendants, l'utilité de l'action en nullité fondée sur le défaut d'âge requis. En effet, dira-t-on, si les ascendants ont consenti au mariage, cette action en nullité leur est refusée par l'article 186; et s'ils n'y ont pas consenti, ils n'ont besoin, pour le faire annuler, que d'alléguer l'absence de leur consentement. (V. art. 182). Toutefois l'action en nullité, fondée sur le défaut d'âge requis, sera exercée utilement, si l'action de l'art. 182 est prescrite (V. cet article). Elle le sera encore dans le cas même où le mariage a été autorisé, si les ascendants qui ont donné l'autorisation étant morts sont actuellement remplacés par d'autres dans l'exercice de la puissance paternelle. Elle le serait enfin même par l'ascendant qui a donné l'autorisation, dans le cas extraordinaire où il l'aurait fait par suite d'une erreur sur l'âge véritable de l'enfant.

Mais cette action est généralement prescrite pour tous dans deux cas :

Le premier, si, avant que la nullité ait été proposée, il s'est écoulé six mois depuis la puberté acquise par les époux ou celui d'entr'eux qui n'avait pas l'âge, parce que la capacité survenue, jointe à une cohabitation paisible pendant ce délai, font présumer la ratification en temps habile (Art. 185 C. c.) (*a*).

Le second, lorsque c'est la femme qui s'est mariée avant l'âge prescrit, et qu'elle est devenue mère ou a conçu, avant l'échéance des six mois depuis sa puberté acquise, parce que, dit M. Portalis, il ne serait pas raisonnable d'exciper du défaut d'âge, quand une grossesse survient dans le ménage, avant l'échéance des six mois donnés pour exercer l'action en nullité; la loi ne doit pas aspirer au droit d'être plus sage que la nature (art. 185 C. c.).

2° Lorsqu'il est question d'un second mariage célébré avant la dissolution d'un premier, hors le cas d'absence dont nous avons traité ailleurs (*b*), l'action en nullité appartient aux époux eux-mêmes (art. 184 C. c.); à l'époux qui était engagé dans les liens du premier mariage, avec l'une des parties (art. 188 C. c.); au ministère public (art. 190 C. c.); aux

(*a*) La loi n'exige pas ici qu'il y ait cohabitation, mais seulement que six mois soient écoulés depuis que l'époux ou les époux ont atteint l'âge compétent. (V. art. 185).

(*b*) Le cas d'absence ne constitue pas, suivant nous, une exception à la règle générale posée dans l'article 184 (V. p. 301, *Observ.*).

enfants nés du premier lit; aux ascendants et collatéraux successibles (art. 184 C. c.)(*a*); mais tous n'ont pas qualité en même temps.

Les époux peuvent agir sans délai, puisqu'il est question de leur état.

Il en est de même de celui qui est engagé par un premier mariage avec l'une ou l'autre des parties, parce qu'il a un droit actuel.

Les ascendants peuvent également agir de suite, comme ayant toujours un intérêt né.

Le procureur du roi peut aussi et doit même agir sans délai, parce que l'action en répression d'un délit ne doit point être ajournée.

Quant aux enfants du premier mariage et aux collatéraux, toute réclamation leur est interdite du vivant des deux époux.

L'action est interdite aux enfants, parce qu'étant obligés d'honorer et respecter leurs père et mère, ils ne peuvent être recevables à les flétrir par l'exercice d'une action infamante.

Elle est interdite à tout collatéral successible, parce qu'on ne peut ouvrir une action en qualité d'héritier, quand il n'y a encore point d'hérédité ouverte (art. 187 C. c.) (*b*).

(*a*). Nous avons déjà fait remarquer (note *b* de la page 428) que les personnes, même non parentes des époux, peuvent, aux termes de l'article 184, invoquer la nullité, lorsqu'elles y ont intérêt.

(*b*) De cet alinéa comparé avec les deux précédents, il semblerait

3° Lorsque le mariage a été contracté dans un degré de parenté ou d'alliance prohibé, l'action en nullité appartient aux époux eux-mêmes (art. 184 C. c.); aux pères et mères ou ascendants; à tous ceux qui y ont un intérêt né et actuel (art. 187 C. c.), et au ministère public qui doit agir sans délai (Art. 190 C. c.).

§ 3.

De l'action en nullité pour violation des formes.

Incompétence de l'officier civil, défaut de publicité dans l'acte de célébration, défaut absolu des publications du mariage : tels sont les trois vices de formes qui peuvent ici donner lieu à l'action en nullité (a).

Cette action peut être intentée par les époux eux-mêmes, par leurs ascendants, par tous ceux qui y auraient un intérêt né et actuel, ainsi que par le ministère public (art. 191 C. c.); mais la cause du ministère public, ni celle des époux, ne sont point ici les

---

résulter que l'intérêt successif des collatéraux ne peut jamais prendre naissance du vivant des époux ; ce qui cependant ne serait pas exact. Ainsi, par exemple, on peut supposer qu'une personne meurt laissant deux frères qui renoncent tous deux à sa succession, ou en sont déclarés indignes. Les enfants de l'un des frères auraient intérêt à faire déclarer nul le mariage contracté par l'autre, à l'effet d'empêcher les enfants de ce dernier d'arriver par représentation à la succession de leur oncle (Comp., art. 742).

Nous pensons que dans ce cas et autres semblables, la nullité du mariage pourrait être valablement demandée. En effet, tout ce que l'article 187 a voulu dire, c'est que l'intérêt sur lequel on se fonde doit être un intérêt *né et actuel.*

(a) Voyez notre note *a,* page 409.

mêmes que dans les autres genres de nullités dont nous avons parlé plus haut.

Lorsque la nullité du mariage dérive de l'incapacité des époux, ou du degré prohibé où ils sont entr'eux, la loi impose au ministère public, le devoir impérieux d'agir pour faire cesser une union scandaleuse; mais quand il s'agit de simples nullités de formes dont la violation peut être plus ou moins grossière et qui toujours peuvent être réparées par la réhabilitation d'un mariage dont les époux sont capables entr'eux, le ministère public a droit d'agir, sans y être obligé.

Quant aux époux, l'article 196 du Code porte que, s'il y a possession d'état, et que l'acte de célébration du mariage devant l'*officier de l'état civil* soit représenté, ils sont respectivement non-recevables à demander la nullité de cet acte.

Par ces expressions, l'*officier de l'état civil*, il nous paraît qu'on ne doit entendre que l'officier compétent, parce qu'autre chose est de dire, l'*officier de l'état civil*, autre chose est de dire seulement, *un officier de l'état civil* : nous estimons en conséquence que la possession publique d'état de la part des époux ne peut, à leur égard, suppléer qu'au défaut de publications et à celui de publicité dans l'acte de célébration de leur mariage; mais non pas à celui de compétence dans l'officier de l'état civil.

Il résulte de là, que les époux qui n'ont pas la possession publique de leur état acquise, peuvent toujours proposer contre leur mariage, les nullités pour violation de formes; qu'il en est de même quand ils ont

la possession d'état et que l'acte de célébration de leur mariage n'est pas représenté ; mais que la possession d'état jointe à la représentation de cet acte, les rendent non recevables à proposer toute autre nullité de formes que celle qui dériverait de l'incompétence de l'officier civil (*a*).

(*a*) Nous pensons qu'on doit faire ici, relativement à la compétence de l'officier civil, la même distinction que nous avons déjà faite p. 410, *Observ.*

L'art. 196 pose le cas où l'on représente un acte dressé par l'*officier de l'état civil ;* ce qui suppose manifestement que cet officier de l'état civil a instrumenté sur ses registres et non sur ceux qui sont confiés à un autre officier public. L'article suppose en outre que l'acte émane d'un officier de l'état civil constitué par l'autorité souveraine dont les parties contractantes sont sujettes, sauf l'application à faire aux étrangers de la maxime *locus regit actum*. Dans le cas contraire, le mariage serait radicalement nul. Ainsi, dans l'affaire Summaripa, il y a eu cassation de l'arrêt qui avait validé un mariage célébré en Turquie entre français et étranger devant un consul français; bien qu'il y eût acte de mariage, vingt-deux ans de possession et deux enfants (Comp., art. 47 et 48). Mais d'un autre côté l'article 196 ne dit pas en termes rigoureux : *devant l'officier de l'état civil compétent*. Cet officier pourrait donc être incompétent à raison du domicile des parties (165), et cependant l'article 196 demeurer applicable : c'est qu'en effet, dans ce cas, la compétence n'est établie que dans un intérêt de publicité. La publicité d'un mariage est exigée 1° pour que le mariage soit bien connu du public; 2° parce que la publicité fait mieux apparaître que la volonté des parties a été sérieuse et réfléchie. Or la possession d'état a rendu le mariage notoire, et a prouvé que l'engagement était parfaitement sérieux.

En d'autres termes, l'article 196 s'appliquera à tous les cas où les tribunaux ont un pouvoir discrétionnaire pour admettre ou rejeter l'action en nullité.

OBSERVATIONS.

I. Nous ferons remarquer que l'auteur n'a pas traité ici des effets que peut produire dans certains cas un mariage déclaré nul, c'est-à-dire, des effets du mariage putatif. (V. art. 201 et 202). Il s'en occupe dans le chapitre *de la paternité et de la filiation.*

II. Nous terminerons la théorie des nullités de mariage par l'examen d'une question vivement débattue. Le ministère public qui a le droit de demander, dans les cas déterminés par la loi, la nullité d'un mariage, pourrait-il également agir pour faire reconnaître la validité d'un mariage que les parties, par fraude ou par surprise, auraient fait mal à propos déclarer nul? Non, sans doute, d'après les principes consacrés par les lois antérieures au Code civil, et auxquels ce Code n'a point dérogé. Suivant ces principes, le ministère public ne peut procéder en matière civile que par voie de réquisition, et non par voie d'action (loi des 16-24 août 1790, tit. 8, art. 2), excepté dans les cas où une loi spéciale attribue l'action au ministère public, et sauf en ce qui concerne l'exécution des jugements dans les dispositions qui intéressent l'ordre public. (Ibid. art. 5). De là cette conséquence, que si deux époux, ainsi que cela est arrivé, faisaient, par collusion, prononcer en justice la nullité de leur mariage qui au fond était valable, le ministère public aurait les mains liées et ne pourrait dans les termes de la loi de 1790 et du Code civil, appeler de ce jugement. Mais ces résultats scandaleux nous paraissent devoir disparaître en présence de l'article 46 de la loi du 20 avril 1810, d'après lequel le ministère public poursuit d'office l'exécution, non plus seulement des jugements, mais même *des lois qui intéressent l'ordre public.* Telle est l'opinion émise par Merlin, (V. Rép. de jur., v° mariage). Il y a toutefois, en sens contraire, deux arrêts de cassation; le premier du 1er août 1820, (Sirey, 1820, part. 1re., p. 154); et le second du 23 mars 1821 (Sirey, 1821, part. 1re, p. 197). Suivant la Cour de cassation, le deuxième alinéa de l'article 46 de la loi du 20 avril 1810 n'a entendu parler que des

cas où une loi spéciale donnerait expressément au ministère public le droit d'agir dans le cas spécifié. Mais d'abord si l'on entend dans ce sens la deuxième partie de l'article 46, il est évident qu'elle n'ajoute rien à la première, et devient parfaitement inutile. En outre, le premier alinéa de l'article 46 est si bien indépendant du second, que certains cas où le Code civil confère expressément au ministère public la voie d'action ne tiennent pas à l'ordre public, tel que le cas prévu dans l'article 114. Le ministère public pourra donc appeler du jugement qui a déclaré le mariage nul; car il faut le considérer comme étant non pas seulement partie jointe, mais même, en quelque sorte, partie intervenante dans la première instance.

SECTION VIII.

Des obligations qui naissent du mariage.

Les obligations qui naissent du mariage, peuvent être relatives ou aux époux entre eux, ou à leurs familles ou alliés.

Celles qui concernent les époux entre eux, feront la matière de la section suivante.

Celles qui règlent les rapports des époux avec leurs familles et leurs alliés, et dont nous avons à parler ici, se rapportent aux aliments que les proches parents doivent se fournir mutuellement dans le besoin; sur quoi nous avons à examiner :

1° Quelles sont les personnes qui se doivent des aliments?

2° Quelle est la nature particulière de cette dette?

3° Quelle est son étendue?

4° Quand elle cesse?

§ 1er

Des personnes qui se doivent des aliments.

Suivant le droit naturel, comme suivant la loi positive, le mariage produit une obligation réciproque (art. 207 C. c.), entre les parents et leur postérité, en vertu de laquelle les père et mère (art. 203 C. c.), et à leur défaut, les autres ascendants, sont tenus de fournir des aliments à leurs enfants et descendants légitimes, et ceux-ci à leurs ascendants qui seraient dans le besoin (art. 205 C. c.) (*a*).

D'après les dispositions du Code, la même obligation existe réciproquement (art. 207 C. c.), entre les gendres et les belles-filles d'une part, et leurs beaux-pères et belles-mères d'autre part (art. 206 C. c.); c'est-à-dire, que le mari doit des aliments au père et à la mère de son épouse, comme la femme en doit au père et à la mère de son mari; et que d'autre part, les père et mère de la fille ou du fils en doivent au mari de leur fille ou à la femme de leur fils; et comme il n'est pas permis d'étendre la loi positive au-delà de ses expressions, il faut en conclure que cette prestation n'est point exigible entre un des époux et les aïeuls de l'autre, ni entre les enfants et la femme en

(*a*) Cette obligation résulte même du simple fait de la procréation, indépendamment du mariage. Ainsi les aliments seraient dus aux enfants adultérins et incestueux; et la loi va même jusqu'à imposer cette charge à la succession de leurs père et mère (V. art. 762). A plus forte raison, doit-on décider que les aliments sont dus par les père et mère aux enfants naturels simples.

secondes noces de leur père, ou le mari en secondes noces de leur mère (*a*).

Ce devoir imposé au gendre ou à la belle-fille et à la belle-mère de se fournir des aliments, cesse dès que la belle-mère convole en secondes noces, parce qu'alors elle entre dans une autre famille, suit la condition et partage le sort d'un nouveau mari, chargé de l'entretenir, comme étant son épouse.

Cette obligation réciproque entre les gendres et belles-filles d'une part, et les beaux-pères et belles-mères d'autre part, n'étant attachée qu'au lien d'affinité qui les unit, cesse quand l'affinité elle-même est dissoute par le décès de l'époux qui la produisait et celui des enfants nés de son mariage. (Art. 206 C. c.).

§ 2.

Nature particulière de la dette d'aliments.

Les aliments sont destinés à faire subsister celui auquel on les fournit : l'obligation du débiteur est donc corrélative à la vie du créancier; mais comme la vie est indivisible, comme on ne peut faire vivre ou subsister quelqu'un à demi, il en résulte que l'obligation de fournir des aliments est elle-même indivisible dans sa substance, et que conséquemment, si elle pèse sur plusieurs, tous doivent être considérés comme solidairement tenus.

Ainsi, lorsqu'un père pauvre a deux fils, et que

(*a*) C'est peut-être là s'attacher bien rigoureusement à la lettre de la loi.

l'un d'eux devient insolvable, l'autre doit payer toute la pension alimentaire due à son père (*a*).

Mais que devrait-on décider dans le cas où le grand-père serait opulent, le fils pauvre, et la petite-fille riche? celle-ci et le grand-père seraient-ils conjointement et solidairement tenus à payer la pension alimentaire, ou l'un d'eux en serait-il passible en premier ordre et préférablement à l'autre?

Si, au lieu d'être pauvre, comme nous le supposons, le fils était riche et venait à mourir, laissant

---

(*a*) Dans cet alinéa et dans le précédent, l'auteur paraît confondre la solidarité et l'indivisibilité des obligations. Il y aurait à cet égard des distinctions à établir, mais qui nous meneraient trop loin.

Nous pensons que la dette d'aliments n'est ni solidaire, ni indivisible relativement aux diverses personnes qui peuvent en être tenues. En premier lieu, aucune loi ne la déclare solidaire; or v. l'art. 1202. En second lieu, on ne peut la considérer comme indivisible. En effet, les aliments sont dus par chaque débiteur en proportion de ses facultés; chacun d'eux est donc grevé d'une dette particulière. Il serait bien bizarre que l'un fût condamné à payer tout son revenu, et peut-être même au-delà de son revenu, parce que d'autres auraient une fortune très-considérable. La dette alimentaire de chaque débiteur doit donc être envisagée séparément, et eu égard à ses facultés pécuniaires comparées à celles du créancier. Seulement le créancier, par exemple le père, sera considéré comme plus riche de tout ce qu'il pourrait exiger des autres débiteurs d'aliments, et celui qui est actionné pourra exiger que ces diverses créances alimentaires soient prises en considération, pour diminuer le montant de sa propre dette. A ce titre, il lui sera avantageux de mettre en cause ces personnes, qui se trouvent comme lui débitrices d'aliments envers le demandeur.

une succession opulente, c'est sa fille, et non son père, qui la recueillerait : il paraît donc équitable que, par réciprocité, la fille qui succéderait seule, et non le père qui serait exclu de la succession, reste seule aussi chargée de la pension alimentaire ; et tel est le sentiment de plusieurs auteurs.

§ 3.

Étendue de l'obligation.

La simple dette des aliments ne comprend que ce qui est nécessaire à la vie, c'est-à-dire, la nourriture, le vêtement et le logement fournis dans la proportion d'un honnête entretien, ou en nature, ou en somme équivalente.

Mais les père et mère doivent quelque chose de plus à leurs enfants : il ne leur suffirait pas de fournir aux aliments et à l'entretien destinés à la conservation de l'individu ; ils doivent aussi pourvoir à l'éducation destinée à l'avantage moral de la personne, parce que la loi les charge d'élever leurs enfants et d'en faire des citoyens. (art. 203 C. c.).

Du reste, l'enfant n'a point d'action contre ses père et mère pour obtenir une dot à raison de son établissement (art. 204 C. c.).

Avant la révolution, cette action était admise dans les pays de droit écrit ; mais elle a été abolie par le Code pour compenser, en faveur des pères et mères, les effets de la puissance paternelle qui n'a plus la même étendue que lui donnait la loi romaine.

Puisque les ascendants et les descendants, ainsi

que les gendres ou belles-filles, les beaux-pères et belles-mères, se doivent mutuellement des aliments, il en résulte que si l'un est créancier de l'autre, et que, pour obtenir paiement de sa créance, il en vienne à la discussion des biens de son débiteur, il se trouve obligé de laisser à celui-ci ce qui lui est nécessaire pour vivre, en sorte que le débiteur peut s'opposer à ce que le créancier l'exproprie entièrement, et c'est ce qu'on appelle en droit, le bénéfice de compétence (*a*).

§ 4.

Quand cesse l'obligation des aliments?

Les aliments ne sont dus qu'à ceux qui se trouvent dans le besoin (art. 205 C. c.) : ils ne sont dus que dans la proportion du besoin de celui qui les réclame, et de la fortune de celui qui les doit (art. 208 C. c.)

(*a*) Le bénéfice de compétence qui existait en Droit romain est depuis longtemps abrogé en France. Ce bénéfice offrait cet inconvénient que le débiteur auquel l'un des créanciers devait laisser de quoi vivre, pouvait aliéner plus tard ce qui lui avait été laissé, ou en être dépouillé par d'autres créanciers, en sorte que l'ancien débiteur se retrouvait grevé d'une nouvelle dette d'aliments. Rien de semblable ne se trouve établi dans les lois actuelles, et il ne faut plus parler chez nous de bénéfice de compétence.

Mais remarquons bien que celui qui a été entièrement exproprié et auquel il ne reste rien, peut valablement demander des aliments à la personne dont il est lui-même débiteur à un autre titre; car il n'y a pas de compensation possible entre cette dette d'une nature ordinaire et la dette d'aliments. (V. C. civ., art. 1293 3°; et C. pr., art. 581 2°).

Il résulte de là, 1° que l'opulence survenue dans la personne du créancier, comme la pauvreté survenue dans celle du débiteur, font également cesser la dette alimentaire;

2° Que les besoins de l'un étant diminués, ou les ressources de l'autre affaiblies, la prestation doit être réduite dans la même proportion (art. 209 C. c.).

Sur la question de savoir si celui qui doit une pension alimentaire peut demander à en être déchargé, en se soumettant à recevoir le pensionnaire chez lui, pour y être logé et entretenu, il faut faire une distinction entre les ascendants et les enfants.

Quand c'est un ascendant qui fait cette soumission envers son fils ou petit-fils, elle doit plus facilement être admise, soit parce que, régulièrement parlant, il n'est pas permis à l'enfant de quitter la maison paternelle sans la permission de son père, soit parce qu'il serait contraire au respect qu'il doit à ses auteurs, de refuser l'hospitalité qui lui est offerte.

Quand c'est au contraire un fils ou petit-fils qui fait cette soumission envers son père ou son grand-père, les égards dus à la vieillesse, l'inconvenance de replacer, sans nécessité, l'ascendant sous la dépendance du fils ou petit-fils, et peut-être même sous celle d'une belle-fille peu affectionnée pour lui, doivent rendre les Tribunaux plus difficiles à accueillir une telle demande.

Néanmoins, dans l'une comme dans l'autre hypothèse, si la personne qui doit fournir des aliments justifie qu'elle ne peut payer la pension alimentaire

que de cette manière, les juges, en connaissance de cause, peuvent ordonner qu'elle recevra dans sa demeure, y nourrira et entretiendra celui auquel elle doit des aliments (art. 210 et 211 C. c.).

SECTION IX.

Des droits et devoirs respectifs des époux.

Les époux se doivent mutuellement fidélité, secours et assistance (art. 212 C. c.).

Ils se doivent la fidélité, parce qu'ils se sont donnés l'un à l'autre sans réserve.

Ils se doivent secours de leur fortune, dans leurs besoins mutuels, parce qu'ils ont voulu associer leurs jouissances.

Ils se doivent assistance de leurs soins personnels, dans le malheur, parce qu'unissant leur destinée qui peut se trouver composée de revers comme de succès, ils doivent supporter les uns comme ils ont droit de partager les autres ensemble.

Le mari doit protection à la femme, et la femme obéissance au mari (art. 213 C. c.).

Il résulte de ces principes que la femme est obligée d'habiter avec le mari et de le suivre par-tout où il juge à propos de résider, et que le mari de son côté est obligé de recevoir sa femme et de lui fournir, suivant ses facultés, tout ce qui est nécessaire à un honnête entretien (art. 214 C. c.).

Mais un mari qui voudrait quitter sa patrie pour s'établir en un autre pays, serait-il donc en droit

d'obliger sa femme à le suivre et à souffrir la perte de ses droits civils ?

L'affirmative paraît incontestable, puisque la loi veut que la femme suive son mari par-tout où il juge à propos de résider ; qu'elle lui impose ce devoir dans le sens le plus absolu et sans restriction, et que la femme se l'est imposé elle-même, en souscrivant l'engagement solennel qui emporte pour elle, aliénation de ses facultés physiques et morales.

Il faut néanmoins excepter le cas où l'émigration serait défendue par des lois politiques, parce que les intérêts du corps social doivent l'emporter sur ceux du mari ; et encore, parce qu'il est impossible que la loi impose alors à la femme l'obligation de se rendre complice d'une action qu'elle déclare illicite (*a*).

(*a*) On s'est demandé quelle était la sanction de la loi qui impose à la femme l'obligation d'habiter avec le mari. Quelques arrêts ont autorisé l'emploi de la force publique pour contraindre la femme à rentrer au domicile conjugal. Nous pensons que ces mesures n'ont rien d'illégal, et qu'à cet égard les Tribunaux doivent statuer suivant les circonstances. Dans un sens contraire, et pour soutenir que l'emploi de la force ne peut avoir lieu contre la femme, on argumente ordinairement de l'article 1142, d'après lequel toute obligation de faire ou de ne pas faire se résout en dommages et intérêts. Mais d'abord il faut remarquer que les articles 1143 et 1144 permettent aux Tribunaux de procurer l'équivalent de l'accomplissement de l'obligation, c'est-à-dire l'objet précis de cette obligation, lorsque cela est possible. Et si l'on objecte que d'après la théorie de ces articles, l'emploi de la force n'a lieu en définitive que pour mettre le créancier en possession plus ou moins complète de certaines choses, et non pour exercer directement et principale-

De ce que le mari doit protection à la femme, et la femme obéissance au mari, résulte encore la nécessité de l'autorisation pour la femme qui veut contracter ou ester en jugement, parce que l'autorisation est tout-à-la-fois un acte de protection de la part du mari et de subordination de la part de son épouse.

Le principe de l'autorisation est donc fondé sur la condition personnelle des époux dont l'un est constitué, par la loi, sous le pouvoir tutélaire de l'autre.

Il dérive aussi de la raison naturelle qui veut que, dans toute association, le moins éclairé soit dirigé par le plus clairvoyant.

Enfin il est fondé sur l'intérêt commun de la femme et du mari, lequel serait blessé si le sort de leur association était livré à l'imprévoyance et à la légèreté de l'associé le moins propre à gouverner, et que, par caractère, la nature appelle à la subordination.

La puissance maritale appartient donc et au droit naturel sur lequel elle est fondée, et au droit civil qui en règle les effets.

Pour traiter avec le plus de clarté qu'il nous sera possible ce qui concerne l'autorisation du mari à l'égard de la femme, nous examinerons :

1° Dans quelles négociations l'autorisation du mari est nécessaire à la femme;

---

ment des actes de violence sur la personne du débiteur, nous répondrons qu'entre mari et femme il ne s'agit pas des relations habituelles de dette et de créance, mais des relations toutes spéciales *d'obéissance* et de *protection* (V. art. 212 et 213).

2° Dans quels actes elle n'est point requise;

3° Quelle est la forme sous laquelle elle doit être donnée;

4° Quand et comment elle peut être suppléée par la justice;

5° Les effets qu'elle produit soit envers la femme, soit envers le mari;

6° Enfin, quel est le genre de nullité qui résulte du défaut d'autorisation.

§ 1er.

Dans quelles négociations l'autorisation du mari est nécessaire à la femme.

L'autorisation du mari est nécessaire à la femme pour ester en jugement, en toute matière civile, tant en demandant qu'en défendant, lors même qu'elle serait marchande publique, non commune ou séparée de biens (art. 215 C. civ.) (*a*).

Elle lui est nécessaire, quand même elle est marchande publique, ou séparée de biens, parce que l'action de plaider n'est ni un fait de commerce, ni un acte d'administration.

Cette autorisation est nécessaire, même dans les

(*a*) Celui qui assigne la femme doit assigner aussi le mari, et les mettre ainsi tous deux en cause (Comp. C. c., art. 818, 2e alinéa).

La femme ne peut être demanderesse sans autorisation; sa demande ainsi formée serait rejetée Elle ne peut pas davantage jouer sans autorisation le rôle de défenderesse. Elle sera donc nécessairement condamnée par défaut, si elle n'est autorisée ni de son mari, ni de justice.

procédures en séparation de corps (art. 878 C. Pr.), ou de biens (art. 865 C. pr.), parce que la séparation des époux n'opérant point la dissolution de leur mariage, ne relève pas la femme de son incapacité (*a*).

La femme, même non commune ou séparée de biens, ne peut donner, aliéner, hypothéquer, acquérir à titre gratuit ou onéreux, sans le concours du mari dans l'acte, ou son consentement par écrit (art. 217 C. c.).

Elle ne peut faire seule d'acquisition immobilière à titre onéreux, parce qu'il serait dangereux qu'on abusât de sa faiblesse, en lui faisant souscrire des marchés ruineux (*b*).

Elle ne peut acquérir seule en acceptant une succession (art. 776 C. c.), parce que l'adition d'hé-

---

(*a*) Cela ne pouvait être douteux pour personne; et quand même la séparation eût dû opérer la dissolution du mariage, il est évident que la simple demande de cette séparation n'aurait pas suffi, en bonne logique, pour relever la femme de son incapacité. Au reste, nous devons faire observer qu'en matière de séparation de corps ou de biens, l'autorisation qui est donnée par le président du Tribunal, et non comme à l'ordinaire par le Tribunal même, paraît n'être que de pure forme. (V. les art. 865 et 878 C. pr.)

(*b*) En règle générale, il est défendu à la femme mariée de faire sans autorisation des acquisitions quelconques, même de meubles. L'auteur, en restreignant sa proposition aux acquisitions immobilières, a voulu sans doute faire allusion au pouvoir tacite que le mari donne à sa femme d'acheter ce qui est nécessaire au ménage. Mais c'est là une question de mandat ou de pouvoir, qui n'a aucun trait à la théorie de l'incapacité de la femme mariée.

rédité entraîne des charges importantes et souvent difficiles à apercevoir.

Elle ne peut acquérir seule à titre purement lucratif, en acceptant une donation, soit parce que souvent les actes de cette espèce imposent des devoirs à remplir par le donataire, soit parce que la bienséance ne permet pas que la femme puisse recevoir même une libéralité pure, à l'insu de son mari.

Dans l'ancienne jurisprudence, les donations faites à la femme pour lui tenir lieu de bien paraphernal, pouvaient être par elle acceptées, en certaines provinces, sans autorisation (1); mais le Code civil ne faisant ici aucune distinction, il en faut conclure que la femme doit être autorisée même pour accepter les donations de cette espèce.

Enfin la femme ne peut adopter (art. 344 C. c.), par acte entre-vifs (art. 366 C. c.), sans le consentement du mari, comme le mari ne le pourrait lui-même sans le consentement de son épouse (*a*).

(*a*) Il en est de même relativement au contrat de tutelle officieuse (V. art. 362). Mais ces règles ne se rattachent nullement à la matière de l'incapacité de la femme et de la puissance maritale. On n'a pas voulu que des contrats, tels que l'adoption et la tutelle officieuse, faites par un époux sans l'aveu de l'autre, vinssent troubler la bonne harmonie qui doit régner entre eux. Aussi en pareil cas, le mari a-t-il besoin du consentement de la femme, tout comme la femme du consentement du mari.

(1) Voyez l'art. 9 de l'ordonnance de 1731.

§ II.

En quels cas l'autorisation n'est pas nécessaire.

Quelqu'importante que soit l'autorité du mari, quelque rigoureuse que soit la nécessité de son autorisation, il ne faut pas perdre de vue que sa puissance fut aussi instituée pour protéger la femme, et qu'en conséquence elle ne doit point dégénérer en tyrannie; d'où il résulte que, sans autorisation maritale, l'épouse peut valablement, pour l'administration intérieure de sa famille, acheter ce qui est nécessaire à son honnête entretien et à celui de ses enfants, et que l'excès seul mettrait le mari en droit de se refuser au paiement (*a*).

L'autorisation du mari n'est point nécessaire à la femme pour paraître en justice, lorsqu'elle est poursuivie en matière criminelle ou de police (art. 216 C. c.), parce que le mari ne peut arrêter l'action de la loi, et que la nécessité de la défense dispense la femme de toutes formalités (*b*); et alors les condamnations

---

(*a*) En ce qui concerne de tels actes, la plupart du temps la femme ne sera pas obligée; mais elle obligera le mari ou la communauté. Il n'y aura pas de question de capacité, mais question de mandat ou de pouvoir. (Comp., art. 1420.)

(*b*) Le véritable motif de la loi est effectivement qu'il était impossible d'admettre qu'un accusé ou prévenu pût être, malgré lui, condamné sans avoir présenté sa défense. L'autre explication donnée par l'auteur, savoir que le mari ne peut arrêter l'action de la loi, nous mènerait beaucoup trop loin; car il est évident qu'en matière civile, le mari ne peut pas davantage arrêter l'action de la loi; et

prononcées contre elle pour amendes ou dommages et intérêts, ne peuvent s'exécuter que sur la nue propriété de ses biens personnels (art. 1424 C. c.).

Si, au lieu d'être accusée, la femme était partie poursuivante pour ses dommages et intérêts, elle resterait soumise à la règle commune, parce qu'il n'y a pas nécessité d'accuser, comme il y a nécessité de se défendre.

La femme peut, sans aucune autorisation, disposer par testament (art. 226 et 905 C. c.), parce que le testament n'ayant d'effet qu'après la mort, ne peut blesser en rien les droits du mari.

Elle peut seule procurer la transcription d'une donation entre-vifs faite à son profit (art. 940 C. c.)[1], parce qu'ayant été autorisée à l'accepter, elle est censée l'être aussi pour en assurer les droits par la transcription, et elle s'oblige alors valablement à payer les frais nécessaires à l'accomplissement de cette formalité.

Elle peut aussi requérir seule l'inscription de ses créances sur les immeubles de son mari (art. 2139 et 2194), et par là obliger celui-ci à en payer les frais au bureau du conservateur (art. 2155 C. c.)

La femme peut, sans autorisation, révoquer les donations qu'elle aurait faites à son mari, pendant le mariage (art. 1096 C. c.), parce que les actes de

---

cependant, comme nous l'avons vu, la femme n'a pas capacité, en matière civile, pour être défenderesse sans l'autorisation du mari ou de justice (V. art. 218).

cette espèce étant essentiellement révocables, il faut que celle qui les a faits soit maîtresse de les anéantir.

L'autorisation n'est point nécessaire à la femme dans les procédures en divorce, parce qu'il y aurait de la contradiction à exiger le concours de l'autorité maritale pour une chose destinée à la détruire.

La femme, marchande publique, contracte valablement seule pour tout ce qui concerne son négoce (art. 220 C. c.), et elle oblige même son mari s'il y a communauté entre eux.

Elle peut même alors engager, hypothéquer et aliéner ses immeubles non soumis au régime dotal; mais elle n'est considérée comme marchande publique que lorsqu'elle exerce un commerce séparé, du consentement de son époux; et elle n'a point cette qualité, si elle ne fait que détailler les marchandises du commerce de son mari (1) (*a*).

(*a*) I. L'article 220 ne constitue pas précisément une exception au principe de l'article 217, mais bien à celui de l'article 223 qui défend au mari de donner à la femme une autorisation générale de s'obliger. Seulement il n'est pas nécessaire ici que cette autorisation du mari soit donnée par écrit (Comp., art. 217 *in fine*). L'article 4 du Code de commerce, qui forme la règle en cette matière, se borne à exiger le consentement du mari, et ce consentement peut être tacite.

II. La loi dit que la femme marchande publique peut s'obliger *pour ce qui concerne son négoce*. Mais que devra-t-on décider si l'on ignore quelle est la nature de l'opération, qui peut être ou n'être pas commerciale, par exemple, si la femme a emprunté de

(1) Voyez les art. 4, 5 et 7 du Code de commerce.

La femme séparée, soit de corps et de biens, soit de biens seulement, est capable de tous les actes qui appartiennent à l'administration ; elle peut amodier ses immeubles, toucher ses revenus et en donner va-

---

l'argent sans que l'acte d'emprunt indique la destination des deniers? Nous pensons qu'elle doit être présumée avoir fait l'emprunt ou autre opération analogue dans l'intérêt de son négoce, et nous appliquerons l'article 638 du Code de commerce. En vain prétendra-t-on que cet article doit être restreint au cas où le souscripteur du billet est un commerçant dont la capacité est pleine et entière, et où il s'agit seulement de savoir s'il a fait un acte de commerce. Nous répondrons que la rédaction de l'article est générale et embrasse tous les cas; et que, d'ailleurs, cette interprétation ne présente aucun inconvénient réel, puisque l'on reconnaît qu'il suffirait toujours d'une simple énonciation dans l'acte d'emprunt pour que la femme fût valablement obligée.

III. Les derniers mots de l'article 220 (*Et elle oblige aussi son mari s'il y a communauté entre eux*) sont déplacés dans notre chapitre ; car la question qu'ils décident n'est pas une question de *capacité* se rattachant à *l'état de la personne ;* mais une question de régime matrimonial, c'est-à-dire de rapports pécuniaires existant entre les époux. La décision qui est ici donnée n'est autre chose qu'une application du principe général posé dans l'article 1419 ; et ce principe est lui-même fondé sur ce motif que les bénéfices produits par les opérations de la femme profitant à la communauté et au mari, le mari et la communauté doivent également supporter les pertes que peuvent entraîner les mêmes opérations.

Dans le régime *sans communauté*, le mari ne sera pas tenu des dettes contractées par la femme avec son autorisation ; car il ne participe pas au capital des bénéfices qu'elle peut faire. Mais comme il en a l'usufruit, il devra, par une juste corrélation, payer l'intérêt de ces mêmes dettes.

lable quittance ; elle peut disposer de son mobilier et l'aliéner ; mais elle ne peut aliéner ses immeubles, sans le consentement du mari, ou l'autorisation de la justice (art. 1449 et 1538 C. c.). Et les mêmes droits appartiennent à celle qui s'est réservé ses biens en paraphernaux (art. 1576 C. c.).

La femme peut être constituée procuratrice *ad negotia*, et valablement exécuter, dans l'intérêt de son commettant, le mandat qu'elle a reçu sans autorisation de son mari (art. 1990 C. c.), parce qu'en traitant pour et au nom d'autrui, elle ne s'oblige point elle-même; et que si le mandant vient à agir contre elle, en vertu du mandat, elle pourra lui opposer l'exception résultant du défaut d'autorisation (*a*).

Suivant l'article 935 du Code, les père et mère du mineur peuvent accepter pour lui la donation qui lui est faite : dans ce cas, si c'est la mère qui accepte, a-t-elle besoin de l'autorisation du mari ?

Il nous paraît que non, parce qu'agissant uniquement dans l'intérêt de son fils mineur, elle ne s'oblige pas elle-même : ce n'est point elle qui contracte; c'est l'enfant pour lequel elle accepte en vertu du

---

(*a*) I. Nous avons déjà fait ailleurs une remarque sur un passage où l'auteur parle d'un mandat accepté par la femme. Nous répétons ici la formule que nous avons donnée, et nous disons : *La femme mariée peut recevoir un pouvoir ; mais elle ne peut s'obliger par le contrat du mandat.*

II. On ne voit pas pourquoi la femme ne recevrait pas valablement un pouvoir *ad litem*, aussi bien qu'un pouvoir *ad negotia*.

pouvoir que la loi lui délègue. En accordant à la mère comme au père la faculté d'accepter, la loi ne suppose point qu'elle doive être autorisée ; car, s'il fallait le concours du mari, le pouvoir donné à la femme serait inutile. C'est ainsi qu'on entendait, dans l'ancienne jurisprudence, l'art. 7 de l'ordonnance de 1731, qui contient une disposition semblable à celle du Code civil (1).

OBSERVATIONS.

I. Ajoutons ici que la femme est obligée sans autorisation par son délit ou son quasi-délit ; et qu'elle l'est également si elle a géré sans mandat les affaires d'un tiers. En effet, les tiers ne peuvent être victimes soit du délit ou quasi-délit, soit des mauvais résultats de l'administration dont la femme s'est emparée spontanément. Enfin la femme pourrait être obligée par la gestion d'affaires d'un tiers.

II. On a soulevé sur la matière de l'incapacité de la femme mariée une question qui a été fortement controversée. C'est la question de savoir si la femme séparée de biens peut sans autorisation s'obliger jusqu'à concurrence de son mobilier.

Voici les principaux arguments qui ont été présentés de part et d'autre.

Pour soutenir que la femme séparée peut s'obliger jusqu'à concurrence de son mobilier, on a raisonné de la manière suivante :

L'article 1124 établit en forme de principe général que la femme mariée n'est incapable que dans les cas prévus par la loi ; d'où il suit que, dans le doute, on doit décider en faveur de sa capacité. Or l'article 217 ne parle pas des *obligations* contractées par la femme mariée ; il ne la déclare pas *incapable de s'obliger ;* il décide seulement qu'elle ne peut donner, aliéner, hypothéquer, acquérir à titre gratuit et onéreux, sans le consentement du mari.

---

(1) Voyez dans Furgole sur cet article et sur l'article 9, tom. 1, pag. 52 et 60.

Cependant, continue-t-on, comme la femme mariée est déclarée par l'article 217 incapable d'aliéner, elle se trouve par là même déclarée incapable de s'obliger conventionnellement, en tant que, par son obligation, elle conférerait à son créancier le droit de saisir et faire vendre ses biens (V. art. 2092 et 2093); car elle ne peut faire indirectement ce que la loi lui défend de faire directement. Et de là il résulte comme conséquence nécessaire, que la femme mariée est complètement incapable de s'obliger dans les régimes tels que celui de la communauté, où, la règle de l'article 217 s'appliquant à la rigueur, il lui est absolument interdit d'aliéner.

Mais si l'on suppose la femme séparée de biens; comme, aux termes des articles 1449, 1536, 1538 et 1576, reproductifs des anciens principes du droit coutumier, elle devient capable de disposer de son mobilier et de l'aliéner (art. 1449), on est conduit à dire qu'il lui est loisible *de s'obliger jusqu'à concurrence de ce même mobilier*.

Pour l'opinion contraire, qui est celle que nous proposons d'adopter et à laquelle la Cour de cassation est revenue dans ces derniers temps, on fait valoir les raisons suivantes :

D'abord il résulte de la combinaison des divers articles de notre chapitre VI, que le législateur a bien entendu que la femme mariée fût en principe incapable de s'obliger aussi bien que d'aliéner. En effet, les articles 220, 221, 222 et 224, qui sont rédigés en forme d'exceptions à la règle ordinaire, supposent qu'en général la femme mariée ne peut sans autorisation *contracter* et *s'obliger*.

En second lieu, on peut arriver à la même conséquence en se bornant à une analyse attentive de l'article 217. En effet, on ne peut s'obliger que de deux manières, c'est-à-dire, gratuitement ou à titre onéreux. Or la femme mariée ne peut s'obliger gratuitement, car l'article 217 ne lui permet pas de *donner*. Ainsi, par exemple, si elle accepte un mandat, elle donne au mandant une créance contre elle-même. Elle ne peut non plus s'obliger moyennant un équivalent, car le même article 217 lui interdit d'acquérir à titre onéreux.

En résumé, la femme séparée de biens en tout ou en partie, n'a

que le droit d'administrer les biens relativement auxquels elle est séparée, et d'aliéner le mobilier; cette sorte d'aliénation étant considérée ici par la loi comme comprise dans la sphère d'une large et pleine administration. Ces actes d'administration ou d'aliénation du mobilier l'obligent valablement de la manière la plus complète, et sur tous ses biens tant meubles qu'immeubles. Mais il n'en est plus de même lorsqu'elle s'oblige de toute autre manière, par exemple en acceptant un mandat pour les affaires d'un tiers; car un tel acte n'est point nécessaire à l'administration de ses biens, et serait d'ailleurs pour elle du plus grand danger, puisqu'à la différence des simples faits d'administration, il pourrait la conduire à se charger de dettes fort considérables et dont elle n'aurait pas aperçu toute l'importance.

§ III.

Dans quelles formes l'autorisation doit être donnée.

1° L'autorisation doit-elle être spéciale, et quels sont les effets d'une autorisation générale?

Lorsqu'il s'agit d'ester en jugement, l'autorisation doit être spéciale pour chaque procès; comme s'il faut s'engager par adition d'hérédités, elle doit être particulière pour chaque succession; et lorsqu'il est question d'aliéner, d'hypothéquer ou d'acquérir à quelque titre que ce soit, elle doit encore être spécialement donnée à chaque acte (art. 1538 C. c.) : il n'y a d'exception que pour les actes que la femme, marchande publique, contracte à raison de son négoce : ici l'autorisation tacite et générale, qu'elle est censée avoir reçue de son mari qui permet l'établissement de son commerce, est suffisante; la célérité avec laquelle se traitent les affaires de commerce l'exige ainsi.

Mais lorsqu'il s'agit d'administration, l'autorisation peut être générale : il n'est pas nécessaire de la renouveler pour chaque acte en particulier, parce qu'ils sont, de leur nature, moins importants et plus fréquents.

Ainsi, toute autorisation générale donnée à la femme, même par contrat de mariage (art. 223 et 1508 C. c.), pour aliéner ou hypothéquer ses immeubles, est nulle sous ce rapport, et ne peut valoir que pour les actes d'administration seulement (art. 1988 C. c.).

2° L'autorisation doit-elle être expresse, ou peut-elle être tacite ?

La femme, marchande publique, contracte pour fait de son commerce, sans autorisation expresse : dans les cas ordinaires, la loi (art. 217 C. c.) n'exige que le concours du mari dans l'acte; d'où il résulte que l'autorisation peut être tacite ; qu'il suffit que le mari présent à l'acte le signe, sans déclarer en termes exprès, qu'il autorise son épouse.

3° L'autorisation peut-elle être donnée par mandat antérieur, ou faut-il l'intervention du mari dans l'acte même ?

Il est incontestable que le mari peut autoriser par mandat antérieur, et qu'il n'est point nécessaire qu'il soit présent, puisqu'il suffit d'avoir son consentement par écrit (art. 217, 223 et 1538 C. c.).

4° L'autorisation peut-elle être suppléée par ratification postérieure ?

La loi ne permettant qu'à la femme et au mari,

ou à leurs héritiers (*a*), d'opposer le défaut d'autorisation (art. 223 C. c.), suppose par là même que ce défaut peut être réparé par ratification postérieure, parce que nous pouvons toujours renoncer à une exception qui n'est établie que pour nous-mêmes.

Mais il faut que la ratification intervienne tandis que les choses sont encore entières, c'est-à-dire tandis que le consentement de la femme subsiste; car, si elle l'avait rétracté, il n'y aurait plus d'acte susceptible de ratification de la part du mari (*b*).

(*a*) L'article 225 contient une inexactitude en disant : *leurs héritiers*. Les héritiers du mari ne peuvent avoir, *comme tels*, le droit de demander la nullité fondée sur le défaut d'autorisation du mari ; car ils n'ont aucun intérêt pécuniaire à former cette demande, et ils ne succèdent pas à la puissance maritale. Nous ne développons pas cette observation qui est incontestable, quels que soient les efforts qu'on a faits pour interpréter l'article à la lettre.

(*b*) L'auteur suppose que le mari, en ratifiant sans le concours de la femme et avant la rétractation de celle-ci, peut lui enlever le bénéfice de l'action en nullité. On peut dire à l'appui de cette opinion que l'adhésion postérieure du mari fait disparaître l'atteinte qui avait été portée à la puissance maritale ; on peut en outre argumenter par voie d'analogie de l'article 183. Cependant nous préférons l'opinion contraire, et voici pour quels motifs : 1° la femme est saisie d'une action ou d'un droit ; et il est de principe que nul ne peut être dépouillé de son droit sans son consentement. 2° Elle a pu contracter légèrement et en laissant l'autre partie prendre des avantages en raison de la chance défavorable qu'il courait, étant exposé à l'action en nullité. 3° Si le mari peut ratifier, son action devra se perdre aussi par la ratification tacite résultant du laps de temps de dix ans (V. art. 1304) ; ce qui entraînerait par voie de

On devrait également considérer la ratification du mari comme tardive, si elle n'était donnée qu'après la mort de la femme, parce qu'alors il n'y a plus d'autorité maritale à exercer, et que les héritiers de la femme ont le droit acquis d'opposer l'exception de nullité que la loi leur accorde, sans que le mari, qui n'a aucun pouvoir à exercer sur eux, puisse les en priver.

§ 4.

Comment l'autorisation peut et doit être suppléée par la justice?

L'exercice de l'autorité maritale est une émanation du droit civil qui en règle les effets : le mari n'est que le délégué de la loi dans l'usage du pouvoir dont elle l'a revêtu : la puissance publique qui absorbe tous les pouvoirs particuliers qu'elle délègue, peut, à plus forte raison, les suppléer : ainsi, dans le cas de refus ou d'impossibilité d'agir de la part du mari, la femme est en droit d'en appeler au juge dépositaire de l'autorité publique, pour suppléer l'autorisation maritale; mais quel est ici le juge compétent, et comment doit-on recourir à lui?

Lorsqu'il s'agit d'autoriser la femme à ester en jugement pour défendre, c'est au juge ou au Tribunal devant lequel la contestation est portée, à accorder l'autorisation d'office (art. 218 C. c.), parce que

---

conséquence la perte de l'action de la femme. Cependant l'article 1304 ne suppose pas que la femme puisse être déchue de son action par suite d'un délai qui courrait pendant le mariage.

l'accessoire doit suivre le sort du principal ; mais c'est au Tribunal d'arrondissement du domicile marital qu'on doit s'adresser s'il est question d'actes extrajudiciaires (art. 219 C. c.), ou de poursuites à intenter de la part de la femme, en qualité de demanderesse. (Art. 861 du C. de proc.).

On doit recourir à l'autorisation d'office, si le mari refuse, s'il est dans l'impossibilité, s'il est incapable d'autoriser lui-même.

Si le mari assigné conjointement avec son épouse, et requis d'autoriser celle-ci pour ester en jugement comme défenderesse, refuse de l'assister, le juge peut, sans autres formalités, donner l'autorisation d'office, parce qu'il y a nécessité de le faire pour régulariser la procédure ; mais lorsqu'il s'agit d'ouvrir une action (art. 861 du Code de proc.), ou de passer un acte de la part de la femme, elle doit, après avoir donné une sommation à son mari, présenter requête au président du Tribunal pour obtenir ordonnance permettant de le citer, à l'effet de déduire les motifs de son refus; et le Tribunal, réuni en la chambre du conseil, donne ou refuse l'autorisation en connaissance de cause, après que le mari a été entendu ou dûment appelé (*a*).

(*a*) L'auteur, sans s'arrêter à l'art. 219 du Code civil, applique aux actes ou contrats de la femme aussi bien qu'aux procès qui la concernent, l'article 861 C. pr., lequel textuellement n'est relatif qu'aux procès. Nous pensons qu'effectivement l'article 861 doit être appliqué ainsi d'une manière générale, et qu'il a modifié l'article 219 du Code civil. On ne concevrait pas en effet qu'il en fût autrement, et quelle serait entre les deux cas la raison de différence.

Le mari est dans l'impossibilité d'autoriser son épouse, s'il est absent ; et dans ce cas l'on ne doit pas priver la femme du bénéfice de recourir à l'autorisation d'office, jusqu'à ce qu'il ait été mis en déclaration d'absence ; ce serait l'exposer à perdre ses droits, si on la soumettait à une si longue attente : la loi s'en rapporte au Tribunal qui ne prononce qu'en connaissance de cause, sur la requête présentée par la femme (Art. 863 du Code de proc.).

Enfin le mari est incapable d'autoriser son épouse, s'il est mineur (art. 224 C. c.), s'il est interdit (art. 222 C. c.), et s'il a été condamné, même par contumace, à une peine afflictive ou infamante (art. 221 C. c.). Dans tous ces cas, on doit recourir au juge qui, en connaissance de cause, accorde ou refuse l'autorisation, sur la requête présentée de la part de la femme (Art. 864 du Code de proc.) (*a*).

(*a*) Une difficulté s'est élevée sur l'article 221. La dégradation civique qui est une peine infamante perpétuelle aura-t-elle pour conséquence de rendre à perpétuité le mari incapable de donner son autorisation? Non sans doute ; car 1° il résulterait de là que toutes les peines afflictives ou infamantes entraîneraient à perpétuité, et non pendant une *certaine durée* (V. l'art. 221) cette incapacité du mari. Toutes en effet emportent avec elles la dégradation civique (V. C. pén., art. 28). 2° L'art. 34 du Code pénal n'énumère pas le droit d'autoriser la femme, parmi les droits que fait perdre la dégradation civique.

Il faut donc restreindre l'art. 221 aux cas des trois peines afflictives des travaux forcés à temps, de la reclusion et de la détention ; c'est là une conséquence de *l'interdiction légale* que subit le condamné pendant la durée de sa peine.

Il faut également l'appliquer au cas du bannissement ; car pendant

§ 5.

Des effets de l'autorisation.

L'autorisation donnée par le mari, ou suppléée par la justice, ont cela de commun que l'une et l'autre suffisent dans l'intérêt de la femme pour l'obliger personnellement; mais elles n'ont pas les mêmes effets en ce qui concerne les intérêts de la communauté ou les biens propres du mari.

Le créancier qui n'a que la femme pour obligée sans autorisation du mari, ne peut être pourvu que sur la nue propriété des biens de la femme dont le mari a la jouissance, parce que celui-ci ne doit pas souffrir d'un acte qui lui est absolument étranger (art. 1413, 1417 et 1424, C. c.).

Les actes faits par la femme avec la simple autorisation en justice, n'engagent donc ni les revenus de ses propres dont le mari a la jouissance, ni les biens du mari, ni ceux de la communauté (art. 1426, C. c.), à moins qu'il ne s'agisse de tirer le mari de prison, ou de pourvoir, en son absence, à l'établisse-

---

la durée de cette peine, le condamné est supposé éloigné de sa femme.

L'article 221, dans son application au contumax, présente une autre difficulté. Ici la peine prononcée n'est jamais réellement infligée; car on sait que la représentation du contumax anéantit le jugement de condamnation (V. C. inst. crim., art. 476). Il faut donc ici considérer comme *durée de la peine* le temps pendant lequel le condamné est sans cesse menacé d'en subir l'application, c'est-à-dire le temps antérieur à la prescription par lui acquise.

ment de leurs enfants (art. 1427 C. c.) communs seulement (art. 1469, 1555 C. c.), cas auxquels la femme autorisée d'office, oblige valablement et ses propres et les biens de la communauté, mais non ceux du mari.

Mais les obligations contractées par la femme avec le consentement du mari, pèsent tant sur les biens de la communauté que sur ceux du mari et de la femme, sauf récompense s'il y a lieu (art. 1419 C. c.); d'où il faut conclure que quand le mari autorise sa femme à ester en jugement, s'il y a des condamnations pécuniaires prononcées contre elle, le créancier peut en poursuivre le recouvrement et sur les biens de la communauté, et sur les propres des deux époux; parce que la comparution en justice opère un quasi-contrat qui est alors formé avec le consentement du mari, pour le paiement de tous les adjugés qui peuvent avoir lieu en définitive (*a*).

(*a*) Deux systèmes ont été émis relativement à l'interprétation de l'article 1419. Suivant les uns, il résulte de cet article que le mari devient codébiteur avec sa femme, toutes les fois qu'il a consenti à ce que la femme s'obligeât, lors même qu'il s'agirait d'une affaire étrangère à la communauté. Suivant les autres, l'article 1419 étant uniquement basé sur ce motif que l'opération faite par la femme peut procurer des profits à la communauté et au mari, on doit en rejeter l'application toutes les fois que la nature de l'affaire est telle qu'il est évident qu'elle ne peut profiter qu'à la femme; par exemple, si elle fait bâtir sur un terrain qui lui est propre. Les articles 1413 et 1432 fournissent deux arguments très-puissants en faveur de ce dernier système.

La loi veut donc que les créanciers puissent diriger leurs actions contre les biens de la communauté et ceux du mari, lors même que celui-ci n'a fait qu'autoriser sa femme à traiter avec eux; parce qu'un associé qui contracte avec le consentement de l'autre, oblige toute la société : il en est de même des négociations faites par la femme, marchande publique, laquelle oblige aussi son mari, s'il y a communauté entre eux (art. 220 C. c.), parce qu'elle est censée généralement autorisée pour tous les faits de son commerce; mais il faut observer que dans ces cas, si les obligations directement contractées par la femme tombent aussi à la charge du mari, ce n'est que par rapport à sa qualité de sociétaire; d'où l'on doit conclure que si la femme avait souscrit des actes emportant contrainte par corps, le mari ne serait pas passible de l'emprisonnement.

§. 6.

De la nullité qui dérive du défaut d'autorisation.

La nullité qui dérive du manque d'autorisation n'est prononcée par la loi, que dans l'intérêt des époux et de leurs héritiers (art. 225 C. c.) (*a*); elle n'est en conséquence qu'une nullité de droit privé et non de droit public, puisqu'eux seuls peuvent la proposer.

(*a*) Voyez sur ces mots *leurs héritiers* la note *a*, pag. 467.

Ainsi, celui qui, étant capable de s'engager, a traité avec une femme non autorisée, ne peut opposer l'incapacité de celle-ci (art. 1125 C. c.), pour se dégager lui-même des obligations qu'il a souscrites envers elle; tandis qu'au contraire, la femme et le mari, ou leurs héritiers, sont maîtres de discéder du contrat.

Il y a plus; si la femme a reçu, pendant le mariage, quelques sommes par suite de l'acte contre lequel l'action en nullité est proposée; ou même si elle a reçu d'autres paiements, pour quelque cause que ce soit, mais sans autorisation, dans les cas où elle lui est nécessaire, on ne peut exiger la restitution des sommes qu'elle a touchées, ni faire valoir les paiements versés entre ses mains, à moins qu'il ne soit prouvé que ce qu'elle a reçu a tourné à son profit (art. 1312 C. c.); et c'est à celui qui a fait de semblables nantissements, à faire cette preuve (art. 1241 C. c.) pour être admis à en demander le remboursement.

La loi qui veut que la femme ne puisse seule s'engager, ne lui ôte donc pas jusqu'au pouvoir de rendre sa condition meilleure : mais cette règle doit-elle être appliquée même au cas d'une donation entre-vifs acceptée par la femme sans autorisation? peut-on dire que, dans cet état de choses, le donateur soit lié et qu'il ne puisse révoquer?

Nous estimons que la donation entre-vifs doit être exceptée de la règle commune, et que le donateur

peut révoquer celle qu'il aurait faite à une femme non autorisée, tantque le mari n'aurait pas, par acte reçu de notaire, ratifié l'acceptation de son épouse, et que cet acte de ratification n'aurait pas été notifié à l'auteur de la donation.

Il est constant en droit que la donation entre-vifs n'engage le donateur que du jour où elle a été acceptée en termes exprès (art. 932 C. c.); il est constant également que la femme mariée ne peut accepter aucune donation sansêtre autorisée (art. 934 C. c.); donc l'acceptation qu'elle aurait faite seule, serait dans l'intérêt du donateur, comme si elle n'existait pas; donc celui-ci pourrait révoquer, puisque la loi l'autorise à révoquer à l'égard de tout donataire, sans distinction.

Enfin, la loi veut que les femmes mariées ne soient point restituables contre le défaut d'acceptation ou de transcription des donations (art. 942 C. c.); donc on peut leur opposer la nullité qui résulte du défaut d'acceptation régulière, comme on peut leur opposer celle qui résulte du défaut de transcription.

Ainsi, lorsqu'on dit que le défaut d'autorisation ne produit qu'une nullité relative proposable seulement par la femme et le mari ou leurs héritiers, cette décision ne doit être entendue que des conventions ordinaires et non pas des donations entre-vifs.

La raison de cette différence entre la donation et les autres contrats, dérive de ce que les conventions or-

dinaires n'exigent que le simple consentement des parties; dès que ce consentement est constant, les conventions sont parfaites, sans qu'il soit nécessaire de les revêtir d'aucunes formes substantielles : dans la donation, au contraire, le simple consentement du donataire ne suffit pas; il faut une acceptation expresse de sa part; l'expression littérale de cette acceptation est requise à peine de nullité; elle fait donc partie de la forme extérieure et substantielle de l'acte; or, tout ce qui tient à la forme des actes appartient au droit public; d'où il résulte que quand la forme a été violée, ou, ce qui est la même chose, lorsqu'elle n'a pas été remplie par celui qui en avait le pouvoir, la nullité qui affecte l'acte, n'est plus une nullité de droit privé, mais bien de droit public, et conséquemment proposable par toutes parties intéressées.

SECTION X.

Comment le mariage se dissout.

Le mariage se dissout :

1° Par la mort naturelle de l'un des époux, parce que la mort est le terme de tous les droits personnels de l'homme;

2° Par la mort civile de l'un des époux, parce que le mariage n'appartient pas seulement au droit naturel; il appartient aussi au droit civil qui en régle les conditions et les effets; d'où il résulte que celui qui ne peut plus participer aux institutions du

droit civil, ne peut plus revendiquer aucun des effets que la loi civile attache au mariage (*a*).

[3° Enfin, le mariage se dissout par le divorce légalement prononcé entre les époux.

Nous avons déjà dit que la loi ne voit, dans le mariage, que le contrat; c'est sous ce rapport qu'elle le considère en le déclarant dissous, soit par la mort civile, soit par le divorce; et c'est en l'envisageant de même, que nous allons présenter quelques réflexions sur la dissolubilité du mariage, d'après les principes du droit naturel.

Le mariage est un contrat destiné à être perpétuel dans sa durée :

1° Parce qu'il a été institué pour la perpétuité du genre humain, et qu'il est incontestable que le mariage est plus favorable à la population et surtout à l'éducation des enfants, que le concubinage;

2° Parce que, dans le mariage, les époux stipulent sur leur propre existence, et qu'ils se promettent indéfiniment secours et assistance mutuels.

(*a*) Quelques personnes ont soutenu que l'article 227 3° avait dérogé à la rigueur de l'art. 25, et que, dans le cas de condamnation par contumace, le mariage n'était pas dissous par l'effet de la mort civile, mais seulement par l'expiration des vingt ans accordés au condamné pour purger sa contumace.

Nous ne croyons pas cette opinion fondée; car dans les discussions du Conseil d'Etat, on ne trouve aucune indication d'une dérogation aussi grave apportée à l'article 25. Ajoutons que l'article 227 ne

Mais il ne faut pas conclure de là que le mariage soit essentiellement indissoluble : l'aliénation d'un fonds faite à perpétuité, par exemple, est un contrat perpétuel de sa nature ; néanmoins l'engagement qu'il renferme n'est ni révocable, ni indissoluble.

Pour fixer nos idées sur la dissolubilité du mariage, nous le considérerons :

1° Dans la nature du contrat qui en forme l'essence ;

2° Dans les qualités qui en font l'objet matériel ;

3° Dans les droits mutuellement acquis aux époux ;

4° Dans la fin pour laquelle il fut institué.

1° *Sous le rapport du contrat*, le mariage est un engagement purement naturel, soumis par conséquent aux règles ordinaires des autres contrats : avec cette seule différence, qu'étant le plus important de tous, il est aussi celui qui doit être le plus respecté, et dont l'infraction est la plus dangereuse.

L'institution du mariage est aussi ancienne que le monde : elle est antérieure à l'établissement de tous

---

parle pas d'une *mort civile définitive*, mais d'une *condamnation définitive*. Or la condamnation par contumace est devenue définitive quant à ses effets par l'expiration des cinq années qui suivent l'exécution par effigie(V. art. 30 et C. inst. crim. art. 476, deuxième alinéa). Ce mot *définitive* a seulement pour objet de rappeler que la mort civile ne suit plus immédiatement, comme autrefois, l'exécution par effigie de la peine prononcée par contumace.

cultes, aux rits et aux bénédictions de toutes espèces de religions; elle ne peut par conséquent en dériver, puisqu'elle les précède dans son existence. Le contrat de mariage ne peut donc dépendre, dans son mode, ses conditions et sa durée, que de la volonté de la loi, qui, suivant le droit naturel des sociétés, doit régler tous les engagements des membres de chaque corps politique.

2° *Considéré dans son objet matériel,* le contrat de mariage embrasse l'aliénation réciproque des facultés naturelles des deux époux : aliénation en vertu de laquelle chacun d'eux acquiert le droit exclusif de cohabitation avec l'autre, et les conséquences qui en dérivent, soit pour les secours mutuels qu'ils se doivent, soit pour l'usage des moyens destinés, par la nature, à la génération.

Mais cette aliénation, dans ses conditions et sa durée, ne peut être qu'essentiellement dépendante de la volonté du souverain.

Il est certain que tout citoyen d'un état appartient par sa naissance, avec toutes ses facultés physiques et morales, au corps politique dont il est membre.

La patrie peut lever des impôts sur la fortune de ses enfants; mettre leur industrie personnelle à contribution, et les forcer à tout genre de travail nécessaire ou utile pour son salut et sa conservation, ou pour le bien général. Elle a droit de les appeler à son secours; de leur faire prendre les armes pour la défense commune : elle peut exiger de celui qu'elle a

enrôlé sous ses drapeaux, de lui faire jusqu'au sacrifice de sa vie, dans un poste périlleux dont elle juge la garde nécessaire au salut de l'armée, soit pour prévenir une surprise, soit pour favoriser une retraite; enfin, la souveraineté nationale sur les individus est telle qu'elle emporte droit de vie et de mort sur ceux dont l'existence dangereuse serait inconciliable avec le repos public.

C'est par une suite de ce principe constitutionnel de l'état social des hommes, que le suicide et la mutilation de son propre corps sont défendus par le droit naturel, parce que nul ne peut disposer de ce qui n'est pas uniquement à lui, et priver le corps social dont il est membre, des droits qui appartiennent essentiellement au souverain, sur sa vie et l'usage de ses facultés; que l'homme ne peut se vendre ni même engager ses services à perpétuité, sans la ratification de l'autorité publique; et comme l'Etat a les mêmes droits sur toutes les facultés et sur chaque partie de l'individu, que sur le tout qu'elles composent, il en résulte, avec la même évidence, que le citoyen ne peut, par aucune convention privée, contre la volonté publique, aliéner irrévocablement aucune faculté, aucune dépendance de son être.

D'où nous sommes en droit de conclure, que dans le mariage, où l'homme stipule, au nom de la société, à la reproduction de laquelle il fut institué; où il stipule sur sa propre existence qui appartient à cette même société, il ne pourrait, contre la volonté nationale, s'imposer un engagement indissoluble,

comme il ne lui est pas libre de le rompre de sa propre autorité, parce qu'autrement le mandataire et le subordonné pourraient, contre le gré du mandant et du maître, disposer de ce qui ne leur appartient pas.

3° *Sous le rapport des droits acquis aux deux contractants :* ou leur séparation est demandée par consentement mutuel, ou elle est poursuivie par l'une des parties contre la volonté de l'autre.

Dans le premier cas, si l'autorité publique ne résiste point à leurs vœux, alors le droit naturel n'a rien qui s'y oppose, parce qu'il est dans la nature des choses que tout engagement puisse se dissoudre de la même manière dont il a été contracté, c'est-à-dire, par le consentement mutuel de toutes les parties intéressées : que les époux, ainsi que le corps social, étant unanimes, sont, chacun en ce qui les concerne, maîtres de renoncer à leurs droits et intérêts respectifs, sans qu'il soit permis à personne de s'en plaindre, puisqu'ils ne disposent que de ce qui leur appartient, et n'attentent point au bien d'autrui.

Dans le second cas, c'est-à-dire, lorsqu'un des époux poursuit et obtient le divorce contre le gré de l'autre, pour une cause déterminée par la loi, il est encore un principe de droit naturel, qui veut que dans tout contrat synallagmatique, tel que le mariage, une des parties ne soit jamais obligée, que sous la condition expresse de réciprocité et d'exécution de la part de l'autre. Qu'il nous soit permis de faire ici une comparaison : dans la vente, par exemple, l'acheteur

n'est tenu au paiement du prix, qu'à condition qu'on lui livrera la chose vendue, en valeur et espèces convenues, surtout quand le vendeur peut la livrer.

Si donc, pour faire l'application de ce principe à la cause que nous discutons, l'un des époux qui a promis la fidélité et assistance à l'autre, portait, au contraire, le mépris de ses devoirs, jusqu'à l'accabler d'outrages et d'excès, la règle d'équité naturelle n'autoriserait-elle pas celui-ci à lui dire : « En méprisant la foi de » tes engagements, tu m'as dégagé des miens; mon » obligation ne fut jamais que subordonnée à la réci- » procité de la tienne; tu me refuses le bonheur que » tu m'avais promis; dès que tu ne veux pas rem- » plir ta promesse, je suis dégagé de la mienne; le » droit naturel me permet donc d'accepter le remède » que le droit positif m'offre dans la position mal- » heureuse où tu m'as réduit. »

4° *Si nous considérons le mariage dans sa fin*, son indissolubilité ne peut encore, sous cet aspect, être une conséquence du droit naturel.

La fin du mariage consiste, d'une part, dans l'union indéfinie des époux; et, d'autre côté, dans la procréation et l'éducation des enfants.

L'union morale des époux se compose de leurs affections réciproques : pour remplir la fin de leur association, ils doivent en quelque sorte ne faire qu'un, n'avoir qu'un cœur et qu'une volonté commune; comme si l'amour unissant leurs destinées, avait identifié leurs ames : or, est-il dans la possibilité

des choses, de commander l'amour à un cœur abreuvé d'amertume, à un cœur ulcéré par la vengeance et la haine ? est-il une puissance dans le monde, capable d'obtenir l'amour par le commandement et la force ?

L'on conçoit que celui qui ne serait pas aimé de l'autre, puisse, par ses soins, parvenir à la réconciliation, et même gagner sa bienveillance : mais tandis qu'il continue à provoquer son ressentiment par de nouveaux outrages, supposer une autorité capable de forcer ce cœur offensé chaque jour, à avoir de l'amour pour son implacable ennemi, c'est vouloir l'impossible ; et si cela est impossible, si cela est contraire à la nature des choses, le droit naturel ne l'ordonne pas.

En ce qui concerne la procréation et l'éducation des enfants ; d'abord, si le mariage n'en a point produit, cette fin manque par le fait : et si les époux sont irréconciliables, comment en espérer de leur union ?

Mais s'ils ont des enfants à élever, et que ceux-ci ne reçoivent pour toute éducation, que l'impression de la haine et de tous les vices, n'est-il pas de l'intérêt public, n'est-il pas de la justice et de l'humanité, de leur procurer un autre sort, et de les soustraire à la contagion des plus affreux exemples ?

A ces preuves tirées du raisonnement, sur la dissolubilité du mariage, on pourrait en ajouter une non moins puissante, qui résulte de la jurisprudence ancienne.

Par le chapitre V de la Novelle 22, portée en 536, Justinien avait déclaré que le mariage demeurerait

dissous par les vœux monastiques de l'un ou l'autre des époux, comme par la mort même ; et cette décision a été adoptée par l'Eglise romaine, avec cette modification introduite dans la suite, que la faculté des secondes noces ne serait accordée que dans le cas où le vœu d'entrée en religion, émis par l'un des conjoints, aurait eu lieu avant la consommation du mariage (1).

Mais comme le mariage est un contrat parfait par le seul consentement des parties, manifesté dans les formes voulues par la loi (2), cette restriction ne prouve rien contre ce que nous avons avancé.

D'ailleurs le divorce, même après la consommation du mariage, fut toujours autorisé par les Pontifes de Rome (3), si les mariés n'étant pas chrétiens, l'un d'eux embrassait le christianisme, et que l'autre ne voulût pas habiter avec lui sans outrager les objets de sa croyance.] (*a*)

---

(1) *Si quis dixerit matrimonium ratum, non consummatum, per solemnem religionis professionem alterius conjugum, non dirimi; anathema sit.* Concil. Trident., sess. 24, can. 6.

(2) Vide decret. gregor., cap. 14, lib. 4, tit. 1. Vide et caus. 27, quest. 2, can. 1 et 4.

(3) Voyez dans Van-Espin, tom. 1, part. 2, sect. 1, tit. 25, n° 5, pag. 606.

(*a*) Nous avons respecté comme tout le reste du texte original, les réflexions dans lesquelles M. Proudhon s'efforce de justifier en théorie l'institution du divorce, et la présente comme se liant intimement, soit à la nature, à l'objet et à la fin du contrat de mariage,

CHAPITRE XXIII.

Du Divorce (*a*).

[Le divorce n'était point en usage en France avant la révolution : il est encore interdit aujourd'hui aux membres de la Maison impériale de tout sexe et de tout âge (1); mais il est toléré à l'égard de tous les autres français.

---

soit aux droits mutuellement acquis par les époux. On a écrit des volumes sur le divorce ; et rien ne serait plus facile que d'exposer longuement la thèse contraire et de montrer en détail tous les inconvénients que le divorce entraîne pour les enfants nés du mariage, pour les époux eux-mêmes et pour la société tout entière ; mais nous jugeons ces développements inutiles. Le divorce a heureusement été aboli en France et ne sera probablement pas rétabli. Ceux qui sont persuadés, comme nous, que la civilisation moderne, si supérieure à celle de l'antiquité, ne subsiste que par l'influence puissante du christianisme qui vivifie la société en la pénétrant de toutes parts, repousseront toujours le divorce comme antipathique à la morale évangélique et dès-lors comme un principe de décadence et de dissolution.

(*a*) Ce chapitre ne présente pas seulement un intérêt historique. Les dispositions du Code civil relatives au divorce sont fort utiles à étudier, à raison des lumières qu'elles jettent sur la matière de la séparation de corps.

(1) Voyez l'art. 7 des statuts du 30 mars 1806, bull. 84, n° des lois 1432, tom. 4, p. 371, 4e sér.

Nous avons à examiner dans ce chapitre :

Ce que c'est que le divorce ?

Quelle est l'autorité compétente pour en connaître ?

Quelles sont les causes déterminées pour lesquelles il peut être admis ?

Quelles sont les formes suivant lesquelles on doit y procéder pour cause déterminée ?

Quand et comment le divorce par consentement mutuel peut avoir lieu ?

Enfin, quels sont les effets du divorce ?

SECTION Ire.

Qu'est-ce que le divorce ?

Le terme *divorce* tire son étymologie des expressions latines, *vel à diversitate mentium , vel quia in diversas partes eunt qui distrahunt matrimonium* (1), c'est-à-dire, de la diversité de caractère de ceux qui y procèdent, et de la diversité des lieux où ils se retirent en se séparant.

Dans son sens propre, le divorce est un acte par lequel l'officier de l'état civil, autorisé par jugement en dernier ressort ou passé en force de chose jugée, prononce la dissolution du mariage des époux, quand il en est requis à délai utile.

Les conventions ordinaires peuvent être rétractées par la volonté particulière de ceux qui s'y étaient engagés, parce qu'eux seuls y ont intérêt : mais ici les

---

(1) Loi 2, ff. *de divortiis et repudiis*, livre 22, tit. 2.

époux ne sauraient être considérés comme étant les seules parties intéressées; leurs familles, leurs enfants, la société entière qui repose sur la durée des mariages, sont aussi intéressés à les maintenir. La loi qui intervient dans l'union des époux, pour en déterminer les conditions et en régler les droits, doit aussi intervenir dans la dissolution de ce contrat; il faut par conséquent que l'autorité publique soit instruite des motifs pour lesquels on demande le divorce, et que les organes de cette autorité jugent du mérite des causes alléguées pour l'obtenir, avant qu'il soit permis de se présenter devant l'officier civil, pour le faire prononcer.

SECTION II.

Quelle est l'autorité compétente, RATIONE MATERIÆ, *pour statuer sur la demande en divorce?*

La demande en divorce, étant une question d'état, est dévolue aux Tribunaux ordinaires : elle ne peut être intentée qu'au civil; parce qu'elle n'a pour objet que la dissolution d'un contrat civil; parce qu'il serait odieux qu'un époux fût, sans intérêt pour lui-même, le dénonciateur de l'autre par-devant les Tribunaux de justice criminelle, tandis qu'il peut obtenir, par la voie civile, tout ce qu'il demande.

Il est possible néanmoins que les faits allégués à l'appui de l'action en divorce, donnent lieu à une poursuite criminelle de la part du ministère public; et dans ce cas il faut observer en principes :

1° Que l'action de la loi sur la punition des délits, ne doit point être arrêtée par la litispendance au civil, parce qu'elle est mue par un intérêt plus pressant ;

2° Que la décision à intervenir au criminel peut absorber l'action civile, ou la préjuger indirectement sur les faits qui seraient déclarés constants ; que si l'accusé, par exemple, était condamné à mort, il ne pourrait plus être poursuivi au civil ; que s'il était condamné à une peine infamante, la question du divorce se trouverait encore indirectement préjugée ;

3° Que, dans le cas contraire, si l'accusé était absous au criminel, l'action civile ne serait pas préjugée en sa faveur, parce qu'il peut y avoir assez de motifs pour admettre le divorce, lors même qu'il n'y en a point assez pour prononcer la peine due à la vindicte publique.

Il résulte de là que si les faits allégués par le demandeur donnent lieu à une poursuite criminelle de la part du ministère public, la demande en divorce doit être suspendue au civil jusqu'après le jugement du Tribunal criminel (art. 235 C. c.) ; autrement la justice pourrait devenir contradictoire à elle-même, par l'effet de deux décisions dont l'une aurait rejeté au civil la demande en divorce, tandis que l'autre aurait déclaré l'accusé convaincu des délits pour lesquels la loi autorise à divorcer.

Mais l'absolution de l'accusé ne préjuge pas la demande en divorce : elle peut être reprise sans qu'il

y ait aucune fin de non-recevoir à opposer au demandeur, parce qu'il ne représente pas au tribunal civil la simple question de fait qui avait été soumise aux jurés (art. 235 C. c.).

L'action en divorce est donc essentiellement civile, et c'est au Tribunal du domicile marital qu'elle doit être portée, parce qu'il est commun aux deux époux (art. 108 et 234 C. c.), à moins qu'il ne soit question de divorce pour séparation de corps qui aurait duré trois ans, cas auquel le tribunal compétent nous paraît devoir être, d'après le droit commun, celui du domicile du défendeur, qui peut résider dans un autre arrondissement, parce qu'ayant un domicile propre, et s'agissant d'une nouvelle demande, c'est là qu'il doit être cité pour répondre.

SECTION III.

Des causes déterminées du divorce.

Le divorce peut être demandé pour quatre causes déterminées, qui sont : l'adultère, les excès, sévices et injures graves, la condamnation à une peine infamante, et la séparation de corps qui a duré trois ans.

1° L'adultère est un juste motif de divorce, parce qu'il est une violation du contrat, de la part de celui qui s'en est rendu coupable ; mais quoique cette cause soit réciproque à l'égard des deux époux qui se doivent l'un à l'autre fidélité mutuelle, néanmoins leur condition n'est pas absolument ici la même.

L'adultère de la femme est toujours plus cou-

pable, parce qu'il peut introduire des héritiers étrangers dans la famille ; c'est pourquoi il est toujours, pour le mari, une juste cause de divorce (art. 229 C. c.).

Celui de l'époux, n'ayant pas des suites aussi funestes, doit être traité avec moins de rigueur : il n'est une juste cause de divorce pour la femme, que quand le mari y a ajouté l'outrage de tenir sa concubine dans la maison commune des deux époux (art. 230 C. c.).

2° Les excès, sévices et injures graves de l'un des époux envers l'autre, sont une cause réciproque de demande en divorce (art. 231 C. c.), parce qu'ils renferment une infraction également contraire au contrat par lequel ils se sont promis assistance et secours mutuels.

Mais quels sont les excès, les sévices, les injures capables de justifier l'action en divorce ?

Cette question ne peut être décidée que d'après les faits, leur suite et la condition des parties. La loi n'a pu que s'en rapporter à la prudence des Tribunaux. Nous observerons seulement qu'il faut des faits graves, parce que le divorce n'est qu'un remède extrême accordé aux époux victimes d'une union insupportable.

3° La condamnation de l'*un des époux* à une peine infamante, est pour l'autre une juste cause de divorce (art. 232 C. c.), parce que l'innocent ne doit pas être forcé à passer le reste de ses jours dans l'avilissement, quoique plein d'honneur lui-même,

et qu'il serait immoral de l'exposer à la contagion du vice, en l'attachant irrévocablement au sort de l'époux vicieux.

Cette cause est fondée aussi sur ce que c'est l'époux coupable qui a changé la nature de l'association (1).

Il résulte de là, que si la condamnation à une peine infamante avait été prononcée contre l'une des parties avant la célébration du mariage, elle ne serait pas une cause de divorce, soit parce que la loi veut que ce soit un *des époux* qui ait été condamné, c'est-à-dire, l'une des parties ayant déjà la *qualité d'époux;* soit parce que l'innocent qui aurait voulu attacher son sort à la personne déjà condamnée, ne pourrait se plaindre ni reprocher à celle-ci d'avoir changé la nature de leur association.

Nous croyons encore que cette décision devrait avoir lieu dans le cas même où l'innocent alléguerait avoir ignoré la condamnation du coupable, parce qu'en principe de droit l'on est réputé connaître la condition de la personne avec laquelle on traite, et que la publicité des jugements rendus en matière criminelle est telle, qu'on ne devrait point être recevable à en prétexter ici cause d'ignorance.

Nous observerons enfin qu'il est nécessaire que la condamnation ait été contradictoire, parce que le jugement qui la prononce ne peut justifier la demande en divorce qu'autant qu'il n'est plus susceptible d'être

---

(1) Voyez dans Locré, tom. 3, pag. 121 et 122.

réformé par aucune voie légale (art. 261 C. c.); ce qui ne saurait être applicable au condamné par contumace dont le sort est toujours incertain.

4° Lorsque la séparation de corps prononcée pour toute autre cause que l'adultère de la femme, a duré trois ans, l'époux qui était originairement défendeur peut demander le divorce, et le Tribunal doit l'admettre, si le demandeur originaire, présent ou dûment appelé, ne consent pas immédiatement à faire cesser la séparation (art. 310 C. c.).

Cette cause n'est pas réciproque : elle n'est point accordée au demandeur, parce que dès le principe il a rejeté la voie du divorce, en optant pour celle de la séparation de corps.

Elle est au contraire accordée au défendeur, parce qu'il n'a pas eu, dès le principe, la liberté de choisir; qu'il est possible que ses principes religieux ne repoussent point le moyen du divorce; et qu'après trois ans de séparation, il serait plus cruel que juste de le forcer à un célibat perpétuel par l'obstination de l'autre.

Elle est refusée à la femme condamnée pour adultère, parce qu'elle tendrait à favoriser ses désordres, en la plaçant dans un état où elle pourrait se réunir à son complice.

SECTION IV.

Formes suivant lesquelles on doit procéder sur la demande en divorce.

Il y a deux cas où la loi n'exige que très-peu de formalités dans la procédure en divorce :

Le premier, lorsque le divorce est demandé par la raison qu'un des époux a été condamné à une peine infamante; alors les seules formalités à observer consistent à présenter au Tribunal civil, avec la requête expositive de la demande, une expédition en bonne forme du jugement de condamnation, avec un certificat de la Cour de justice criminelle, portant que ce même jugement n'est plus susceptible d'être réformé par aucune voie légale (art. 261 C. c.).

Dans cette espèce, la loi n'oblige point à employer d'abord la tentative de conciliation, parce que la demande est inspirée par un sentiment d'honneur qu'on doit s'efforcer de maintenir, plutôt que d'en affaiblir ou comprimer les élans.

Le second cas où la demande en divorce n'est pas soumise aux formalités ordinaires, est lorsqu'elle est fondée sur la séparation de corps qui a duré trois ans. L'article 310 du Code porte que l'époux qui était originairement défendeur pourra demander le divorce au Tribunal, qui l'admettra, si le demandeur originaire, présent ou dûment appelé, ne consent pas à faire cesser la séparation : la loi n'exige donc ici, comme dans le cas de la condamnation à une peine infamante, aucune tentative préalable de conciliation, par la raison sans doute que tous moyens de réconcilier les époux ont déjà été inutilement employés lors de la procédure sur la séparation de corps.

Mais lorsque le divorce est demandé pour une autre cause que les deux précédentes, la loi prescrit une marche plus lente dans la procédure, parce qu'il

faut que le temps de la réflexion succède à celui de l'emportement.

Elle veut d'abord que les époux subissent une épreuve de conciliation.

Elle règle les mesures qui peuvent être provisoirement prises pour conserver leurs intérêts.

Elle détermine les mesures de sûreté personnelle et de décence qui peuvent être prescrites aux époux.

Elle veut que le Tribunal ne soit saisi du fond, qu'après un jugement préalable accordant la permission d'introduire la demande.

Elle règle la manière dont on doit d'abord procéder sur les fins de non-recevoir.

Elle détermine le genre particulier de preuves admissibles en cette matière.

Enfin elle fixe des règles spéciales pour l'exécution du jugement.

§ Ier.

Epreuve de conciliation.

Toute demande en divorce doit détailler les faits : elle doit être remise, avec les pièces à l'appui, s'il y en a, au président du Tribunal ou au juge qui le remplace, par l'époux demandeur en personne, à moins qu'il n'en soit empêché par maladie, auquel cas, sur sa réquisition et le certificat de deux docteurs en médecine ou en chirurgie, ou de deux officiers de santé, le magistrat doit se transporter au domicile du demandeur, pour y recevoir sa demande (art. 236 C. c.).

Le président du Tribunal, ou le juge qui en fait les fonctions, après avoir entendu le demandeur, et lui avoir fait les représentations convenables, paraphe la requête et les autres pièces qui peuvent être jointes, dresse sur le tout un procès-verbal signé de lui et du demandeur, ou portant mention que celui-ci ne sait ou n'a pu signer (art. 237 C. c.), et ordonne que les parties comparaîtront par-devant lui aux jour et heure indiqués dans son ordonnance, dont copie est par lui adressée à l'époux défendeur (art. 238 C. c.).

Les parties sont tenues de satisfaire à cette ordonnance par comparution en personne, sans pouvoir même se faire assister d'avoué ni de conseil (art. 877 du C. de proc.).

Au jour indiqué, le magistrat doit faire aux deux époux, s'ils se présentent, ou au demandeur, s'il comparaît seul, toutes les observations qu'il croit propres à opérer un rapprochement; et s'il ne peut parvenir à arrêter la demande en divorce, il dresse un nouveau procès-verbal de cette seconde comparution, ordonne la communication au procureur impérial et le référé au Tribunal, pour prononcer sur la permission d'introduire l'instance (art. 239 C. c.).

§ II.

Mesures conservatoires des intérêts pécuniaires des époux.

La femme commune en biens, demanderesse ou défenderesse en divorce, peut, en tout état de cause, et à partir de la première ordonnance qui permet d'appeler l'époux défendeur en conciliation, requérir

l'apposition des scellés sur le mobilier de la communauté, lesquels ne doivent être levés, qu'en faisant un inventaire estimatif et fidèle, et à la charge par le mari de reproduire les effets ou d'en rendre la valeur, comme gardien judiciaire (art. 270 C. c.); et dès la même époque, toute obligation contractée ou toute aliénation faite par lui peuvent être déclarées nulles, s'il y a eu fraude pratiquée contre les droits de la femme (art. 271 C. c.).

§ 3.

Mesures de décence et de sûreté personnelle.

Il est permis à la femme demanderesse ou défenderesse en divorce, de quitter provisoirement le domicile marital, et de se retirer dans une maison indiquée par le Tribunal qui règle en même temps, s'il y a lieu, la pension alimentaire que le mari devra lui payer, suivant la proportion de ses moyens. Elle est obligée de justifier de sa résidence dans la maison indiquée, chaque fois qu'elle en est requise, faute de quoi le mari peut lui refuser le paiement de sa pension, et même la faire déclarer non-recevable dans ses poursuites (art. 268 et 269 C. c.).

Mais si la femme était riche par ses revenus propres, et que le mari fût pauvre, ce dernier ne pourrait-il pas aussi obtenir une pension alimentaire sur les revenus de son épouse? Et si c'était l'existence du mari qui fût compromise par la cohabitation avec sa femme, ne pourrait-il pas également demander leur séparation provisoire?

Nous estimons que, d'après les principes du droit commun, l'une et l'autre de ces questions doivent recevoir une décision affirmative, quoiqu'elles ne soient point ici textuellement résolues par la loi, qui ne pourvoit d'une manière spéciale qu'à ce qui doit arriver le plus communément.

Quant aux enfants, s'il y en a, leur administration provisoire reste au mari, à moins qu'il n'en soit autrement ordonné par le Tribunal, sur la demande, ou de la mère, ou de la famille, ou du procureur impérial (art. 267 C. c.).

§ 4.

Sur le jugement préalable permettant d'assigner.

Quoique la tentative de conciliation ait été inutile et sans fruit, le demandeur n'est pas encore recevable à citer le défendeur pour procéder sur le fond : comme il n'a pu le faire appeler en conciliation pardevant le président du Tribunal, qu'après en avoir obtenu la permission de ce magistrat, de même il ne peut le citer pour contester devant le Tribunal, qu'après avoir obtenu la permission de ce Tribunal, et ici la loi établit en quelque sorte un second degré de conciliation.

Dans les trois jours qui suivent l'ordonnance de référé dont nous avons parlé au premier paragraphe, le président qui l'a rendue doit faire son rapport au Tribunal qui, sur les conclusions du procureur impérial, accorde la permission de citer, ou la suspend jusqu'au terme de 20 jours (art. 240 C. c.).

En vertu de la permission du Tribunal, le défendeur est cité, dans les délais de la loi, à une première audience à huis clos (art. 241 C. c.), où le demandeur comparaît en personne pour y exposer, par lui-même ou par un conseil, les motifs de sa demande, présenter les pièces à l'appui, et nommer les témoins qu'il se propose de faire entendre (art. 242 C. c.); et si le défendeur comparaît, il nomme aussi ses témoins.

Nous observerons ici, comme règle générale, que du moment que la cause est portée par-devant le Tribunal, le défendeur peut comparaître par un fondé de pouvoir seulement (art. 243 C. c.); mais que dans aucun cas le conseil du demandeur ne peut être admis à proposer ses moyens, si celui-ci n'est comparant en personne (art. 248 C. c.).

Les parties entendues dans cette audience à huis clos, il est dressé procès-verbal de leurs dires et aveux: lecture leur en est faite : elles sont requises de le signer : il est fait mention de leur signature ou de leur déclaration de ne savoir ou de ne vouloir signer (art. 244 C. c.); et si elles ne se concilient pas, elles sont renvoyées à une audience publique dont les jour et heure sont fixés : la communication au procureur impérial est ordonnée; un juge rapporteur est nommé; et si le défendeur n'a pas comparu, le demandeur est tenu de lui faire signifier l'ordonnance du Tribunal dans le délai qui y est porté (art. 245 C. c.).

Sur le rapport du juge commis, fait à l'audience publique qui avait été indiquée, et le procureur im-

périal entendu, il est d'abord statué sur les fins de non-procéder ou de non-recevoir qui peuvent être proposées. La demande est rejetée, si elles sont trouvées concluantes : dans le cas contraire, elle est admise (art. 246 C. c.).

§ 5.

Des fins de non-procéder et de non-recevoir.

Les fins de non-procéder sont les moyens de formes qu'on emploie pour faire tomber la procédure comme irrégulière, afin d'être par là dispensé d'en venir à la discussion du fond : comme, par exemple, si l'époux défendeur opposait qu'il n'a point été appelé en conciliation par-devant le président avant d'être traduit au Tribunal.

Lorsque le Tribunal fait droit sur un pareil moyen, il renvoie, sauf à mieux agir, en sorte que l'action reste entière et peut être recommencée.

Les fins de non-recevoir se tirent au contraire du défaut de qualité dans celui qui agit, ou même du défaut d'action qui serait éteinte par la prescription ou autrement.

Il y aurait fins de non-recevoir en matière de divorce,

S'il était demandé pour une cause autre que celles qui sont déterminées par la loi, parce qu'alors il n'y aurait pas d'action ;

Si les faits posés en preuves étaient impertinents, parce que des faits qui ne prouvent rien ne peuvent être la base d'une action ;

S'il y avait eu réconciliation entre les époux, parce qu'une injure pardonnée est éteinte dans ses suites, et que celui qui a renoncé à l'action qu'il avait, ne peut plus la reprendre, tant que dure cet état de choses ; mais dans ce cas, l'époux qui avait pardonné peut intenter une nouvelle action, pour cause nouvelle survenue depuis la réconciliation, et même faire alors usage des causes anciennes, pour appuyer sa demande (art. 274 C. c.).

Si le demandeur en divorce nie qu'il y ait eu réconciliation, le défendeur qui oppose ce moyen doit être admis à en faire la preuve tant par titre que par témoins.

§ 6.

De la nature particulière des preuves en matière de divorce.

Si la loi a dû se montrer sévère sur les causes de divorce ; si, pour tempérer l'effet des passions, elle a voulu soumettre cette espèce de procédure à une sage lenteur, elle devait aussi, pour être juste, avoir quelqu'indulgence sur la qualité des témoins admissibles pour attester les tourments secrets auxquels un époux malheureux peut être en butte.

Dans les procédures civiles ordinaires, on n'admet la déposition ni des domestiques des parties, ni de leurs parents et alliés jusqu'au degré de cousins issus de germains inclusivement (art. 283 C. proc.) ; mais, en matière de divorce, les faits qui peuvent y donner lieu, étant presque toujours ensevelis dans le sein du ménage, les domestiques des parties sont admissibles

à les attester, et la parenté n'est pas un motif péremptoire de reproche à témoins, sauf à avoir tel égard que de raison, aux dépositions soit des parents, soit des domestiques (art. 251 C. c.).

On excepte les enfants et descendants des parties, qui ne peuvent être entendus comme témoins dans le procès en divorce de leurs père et mère ou ascendants, parce qu'ils ne peuvent être admis à révéler la honte de ceux qu'ils sont obligés d'honorer et respecter.

Quoique la loi sur le divorce n'écarte expressément du témoignage que les enfants et descendants des parties, néanmoins si l'action était fondée sur des faits de nature à provoquer une poursuite criminelle, nous estimons qu'il faudrait alors se conformer aux règles prescrites par le Code pénal sur la récusation des témoins pour cause de parenté, parce qu'il y aurait même motif.

§ 7.

Procédure sur le fond.

A la même audience publique où le Tribunal, rejetant les fins de non-recevoir s'il en est proposé, prononce l'admission de la demande en divorce, il doit, par un second jugement et sur nouveau rapport, statuer au fond, ou préparatoirement en admettant le demandeur à la preuve des faits pertinents par lui allégués, et le défendeur à la preuve contraire (art. 247 C. c.), ou même définitivement, si les motifs du divorce sont suffisamment justifiés, sans qu'on soit obligé de recourir à la voie des enquêtes.

Sur quoi il faut observer que les seuls aveux du défendeur, faits à l'audience, ou consignés dans les procès-verbaux précédents, ne seraient pas une preuve telle que les juges fussent obligés de s'en contenter, comme en matière civile ordinaire, parce qu'il serait possible qu'il y eût collusion entre les époux pour faire prononcer leur divorce pour une cause feinte et supposée, dans la vue d'éviter les épreuves nécessaires pour le divorce par consentement mutuel, ainsi que les effets qui en dérivent.

Si la cause n'est pas en état d'être jugée définitivement, et qu'il soit nécessaire d'avoir recours à un préparatoire, le jugement qui ordonne l'enquête doit porter les noms des témoins qui seront entendus (art. 252 C. c.) : en conséquence le greffier du Tribunal donne lecture du procès-verbal de la première audience à huis clos, portant les nominations de témoins déjà faites (art. 249 C. c.), et les parties sont averties par le président qu'elles peuvent encore en désigner d'autres, mais qu'après ce moment elles n'y seront plus reçues : les reproches à témoins sont proposés de suite ; le Tribunal y statue (art. 250 C. c.), et détermine le jour et l'heure auxquels les parties devront les présenter (art. 252 C. c.).

Au jour fixé par le jugement préparatoire, les témoins doivent être produits par-devant le Tribunal séant à huis clos, en présence du Procureur impérial, des parties et de leurs conseils ou amis jusqu'au nombre de trois de chaque côté (art. 253 C. c.); les dépositions sont reçues et rédigées par écrit, ainsi que les obser-

vations auxquelles elles ont donné lieu (art. 255 C. c.).

Les enquêtes étant ainsi terminées, ou celles du demandeur, si le défendeur n'a pas produit de témoins, le Tribunal fixe une audience publique pour prononcer en définitive ; y renvoie les parties ; commet un juge rapporteur, et ordonne la communication au Procureur impérial : cette ordonnance doit être signifiée au défendeur, à requête du demandeur, dans le délai déterminé par le Tribunal (art. 256 C. c.).

Le rapport fait à l'audience indiquée, les parties et le Procureur impérial entendus, le jugement définitif est prononcé publiquement ; et si la demande est fondée sur excès, sévices et injures graves, encore qu'ils soient pleinement justifiés, les juges peuvent suspendre de prononcer l'admission du divorce, en autorisant les époux à se séparer, si déjà ils ne l'ont pas fait, et condamnant le mari à fournir une pension alimentaire à la femme qui n'aurait pas des revenus suffisants (art 259 C. c.).

Si, après une année d'épreuves écoulée par suite de cette suspension, il n'y a point eu de rapprochement entre les époux, le demandeur peut faire citer l'autre à comparaître de nouveau dans les délais de la loi, pour entendre prononcer le jugement qui pour lors doit admettre le divorce (art. 260 C. c.).

En cas d'appel soit du jugement d'admission, soit du jugement définitif, rendus en première instance, la cause doit être instruite et jugée, comme affaire urgente, par la Cour d'appel (art. 262 C. c.).

§ 8.

Exécution du jugement.

Dans les procès ordinaires, rien ne force celui qui a obtenu gain de cause, à hâter l'exécution du jugement : on n'a pas la même latitude en matière de divorce: le temps des épreuves étant fini et la procédure terminée, la loi veut qu'on tire le rideau sur cette scène de débats affligeants pour les mœurs.

Le jugement qui autorise le divorce n'anéantit pas le mariage ; c'est devant l'officier civil que les époux avaient formé les liens qui les unissent, et c'est aussi là qu'ils sont renvoyés pour les rompre et se voir séparés à jamais : cet état incertain de deux époux placés entre le mariage et le divorce, serait en quelque sorte un nouveau scandale s'il devait durer long-temps : en conséquence, celui d'entre eux qui a obtenu le jugement est obligé de se présenter, après avoir cité l'autre, devant l'officier civil, dans le délai de deux mois, pour faire prononcer leur divorce (art. 264 C. civ.). Ce délai passé dans le silence, cet époux est censé avoir renoncé au bénéfice du jugement, et ne pourrait plus reprendre son action que pour une nouvelle cause ; mais en ce cas il serait libre aussi de se prévaloir des anciennes (art. 266 du C. civ.).

Par le divorce, les époux sont rendus à leur liberté; ils peuvent donc contracter de nouveaux mariages : d'où il suit qu'on autoriserait la polygamie, s'il était permis de divorcer en vertu d'un jugement susceptible

encore d'être réformé, parce que ce jugement étant anéanti, on pourrait trouver la même personne engagée dans deux mariages à la fois.

Il résulte de là deux nouvelles conséquences qui sont encore ici hors des règles ordinaires :

La première : qu'on ne peut exécuter le jugement qui admet le divorce, qu'autant qu'il est en dernier ressort, ou passé en force de chose jugée (art. 264 C. civ.), et que le pourvoi en cassation est suspensif (art. 263 du C. civ.)

La seconde : que les deux mois qui sont fixés au demandeur, comme délai fatal, pour paraître et faire citer le défendeur pardevant l'officier civil, en exécution du jugement qui autorise le divorce, ne commencent à courir qu'après l'expiration du délai d'appel, s'il s'agit d'un jugement de première instance ; après le délai d'opposition, si c'est un jugement rendu par défaut en cause d'appel ; et après l'expiration du délai du pourvoi en cassation, s'il est question d'un jugement contradictoire en dernier ressort (art. 265 C. civ.), parce que ce n'est qu'après ces divers délais que les jugements auxquels ils sont relatifs, ne sont plus susceptibles d'être réformés par aucune voie légale.

Suivant l'article 263 du Code Napoléon, l'appel, en matière de divorce, ne doit être recevable qu'autant qu'il aura été interjeté dans les trois mois à compter du jour de la signification du jugement rendu soit contradictoirement, *soit par défaut;* et l'article 443 du Code de procédure veut, au contraire, que les trois

mois du délai d'appel ne courent, à l'égard des jugements par défaut, que du jour où l'opposition ne sera plus recevable, et non pas du jour de la signification : les dispositions de cette dernière loi dérogent-elles à celles du Code civil ?

Nous ne le pensons pas, et la négative n'est pas même douteuse, parce que la procédure en divorce est absolument particulière; qu'elle n'est réglée que par le Code Napoléon, et que celui de la procédure (art. 881 C. Pr.) y renvoie généralement pour tout ce qui concerne cette matière.

Il résulte même de cette disposition du Code de la procédure, que la requête civile n'est jamais admissible contre les jugements qui autorisent le divorce, puisqu'on ne doit consulter ici que le Code Napoléon, et qu'il n'en parle pas.

Ce silence du législateur n'est point un oubli, car si la requête civile était admise contre les jugements en matière de divorce, le même homme pourrait se trouver avoir deux femmes, ou la même femme deux maris à la fois, lorsque le jugement d'admission du divorce aurait été rétracté par requête civile, parce que la possibilité de ce moyen extraordinaire de rétractation ne suspend jamais l'exécution du jugement.

SECTION V.

Du divorce par consentement mutuel.

Le mariage n'est jamais considéré comme pouvant être dissous par le simple consentement des époux;

la loi veut toujours une cause qui leur rende insupportable la vie commune; mais il peut être intéressant pour l'innocence même, que cette cause ne soit pas dévoilée. L'honneur des enfants, celui de la famille peuvent condamner au silence un époux infortuné; il ne serait pas juste de le forcer à des révélations capables de compromettre ce qu'il a de plus cher; il serait inhumain de perpétuer son malheur, parce qu'il aurait la générosité de souffrir le sacrifice de son repos et de sa vie même, plutôt que de se résoudre à livrer l'autre époux entre les mains de la justice criminelle.

La cause du divorce par consentement mutuel n'est donc pas directement prouvée; elle n'est que présumée, et la présomption résulte des conditions particulières que la loi exige pour être recevable à ouvrir cette espèce d'action, ainsi que des épreuves de conciliation et de la longue procédure auxquelles elle soumet les époux qui se trouvent forcés de recourir à cette voie, pour parvenir à rompre leurs liens.

§ 1er.

Des conditions requises pour demander le divorce par consentement mutuel.

Six conditions sont préalablement requises pour être recevable à proposer le divorce par consentement mutuel :

1° Le mari doit avoir au moins vingt-cinq ans (art. 275 C. c.)

2° La femme doit être majeure de vingt-un ans

(art. 275 C. c.), et en avoir moins de quarante-cinq (art. 277 C. c.).

3° Le mariage doit avoir duré au moins deux ans. (art. 276 C. c.), et pas plus de vingt (art. 277 C. c.)

4° Il faut le consentement des père et mère ou autres ascendants vivants, donné par acte authentique (art. 283 C. c.), en suivant les règles prescrites à l'égard du consentement des ascendants, requis pour le mariage des mineurs (art. 278 C. c.) ; c'est-à-dire, que le consentement des aïeuls n'est nécessaire ici qu'à défaut de père et mère, et qu'en cas de partage entre les père et mère, le consentement du père suffit. Il y a néanmoins cette différence entre le cas du mariage et celui du divorce, que dans le premier, l'attestation des aïeuls présents suffit pour constater le décès des père et mère, et que la déclaration assermentée des époux majeurs, jointe à celle des témoins qui assistent au mariage, suffit aussi pour constater l'absence ou le décès des divers ascendants dont le consentement est requis, quand on n'en peut avoir la preuve autrement; tandis que, pour le divorce, les père et mère ou aïeuls des époux sont présumés vivants jusqu'à la représentation des actes constatant leur décès (art. 283 C. c.).

5° Les époux sont tenus de faire préalablement inventaire estimatif de tous leurs biens meubles et immeubles, et de régler leurs droits respectifs, sur lesquels ils sont libres aussi de transiger (art. 279 C. c.)

6° Enfin, il faut aussi, de la part des époux, une convention par écrit réglant à qui les enfants nés de leur union seront confiés, soit durant les épreuves, soit après le divorce, désignant la maison dans laquelle la femme devra se retirer pendant le temps des épreuves, et fixant la somme que le mari devra lui payer pendant le même temps, si elle n'a pas des revenus suffisants pour fournir à ses besoins (art. 280 C. c.).

La loi n'exige pas que ces divers traités consentis entre les deux époux, soient faits par acte authentique, sans doute parce qu'ils acquièrent une authenticité suffisante par le dépôt que les époux, paraissant en personne, doivent en faire entre les mains du président du Tribunal et des notaires dont on va parler.

§ 2.

Tentative de conciliation.

Les époux doivent se présenter ensemble et en personne (art. 281 C. c.), devant le président du Tribunal d'arrondissement, ou le juge qui en fait les fonctions, lui déclarer leur volonté, lui remettre toutes les pièces (art. 283 C. c.) constatant l'accomplissement des conditions requises, en présence de deux notaires qui dressent procès verbal (art. 284 C. c.) soit de la comparution des parties, soit de la remise des pièces, soit des exhortations inutilement faites aux époux (art. 282 C. c.) pour opérer leur rapprochement, soit enfin de l'avertissement qui est donné à

la femme de se retirer, dans les vingt-quatre heures, dans la maison convenue entre elle et son mari, et d'y résider jusqu'au divorce prononcé. La minute de ce procès-verbal demeure au notaire le plus âgé.

La même tentative de conciliation, avec les mêmes formes, doit être renouvelée trois autres fois dans la première quinzaine de chacun des quatrième, septième et dixième mois suivants, avec la preuve authentique réitérée que les père et mère ou autres ascendants persistent toujours dans leur autorisation, mais sans nouvelle production d'autres actes. (art. 285 C. c.).

Dans la quinzaine du jour où sera révolue l'année à compter de la première déclaration, les époux assistés de chacun deux amis, personnes notables de l'arrondissement, âgés de cinquante ans au moins, doivent se représenter de nouveau devant le président du Tribunal, ou le juge qui en fait les fonctions, assisté du greffier; lui remettre des expéditions en bonne forme des quatre procès-verbaux contenant les déclarations de leur consentement mutuel, faites dans les réunions précédentes, ainsi que tous les actes y annexés, et requérir chacun individuellement, en présence l'un de l'autre, ainsi que du juge et des assistants, l'admission de leur divorce. (art. 286 C. c.).

Si dans cette cinquième et dernière tentative de conciliation, les observations faites aux époux, par le magistrat et les assistants, ne peuvent opérer leur rapprochement, le président du Tribunal rend, au bas du procès-verbal de cette séance, une ordonnance

portant que dans les trois jours il en sera par lui référé au Tribunal, en la chambre du conseil, après les conclusions par écrit du procureur impérial auquel les pièces seront communiquées par le greffier (art. 287 et 288 C. c.).

§ 3.

Procédure.

Si le procureur impérial reconnaît que les époux sont aux termes des conditions prescrites, et qu'ils ont satisfait à toutes les formalités requises, il donne ses conclusions en ces termes, *la loi permet* : dans le cas contraire, il les donne en ces termes, *la loi empêche*, sans autres motifs (art. 289 C. c.).

Pour prononcer sur le référé, le Tribunal n'a d'autre instruction à prendre qu'à faire la vérification de l'accomplissement des conditions imposées et des formalités prescrites aux époux : s'il trouve que les époux y ont satisfait, il doit admettre le divorce et renvoyer les parties par-devant l'officier de l'état civil, pour le faire prononcer, sans donner d'autres motifs de son jugement ; dans le cas contraire, il déclare qu'il n'y a pas lieu à admettre le divorce, et motive sa décision (art. 290 C. c.).

L'appel du jugement de première instance n'est recevable qu'autant qu'il est interjeté par les deux époux, par acte séparé, dans le délai de dix jours au plus tôt et de vingt jours au plus tard de la date du jugement (art. 291 C. c.) : l'acte d'appel doit être réciproquement signifié par l'un des époux à l'autre, et

par chacun d'eux au procureur impérial près le Tribunal de première instance, lequel, dans les dix jours du second acte à lui notifié, doit faire passer au procureur général près la Cour d'appel, l'expédition du jugement et les pièces sur lesquelles il est intervenu.

Le procureur général doit donner par écrit ses conclusions, dans les dix jours qui suivent la remise des pièces à lui faite ; et sur le rapport du président, ou du juge qui le remplace, la Cour doit prononcer définitivement dans les dix jours suivants (art. 293 C. c.).

§ 4.

Exécution du jugement.

Dans les vingt jours du jugement (art. 294 C. c.), les parties doivent se présenter ensemble devant l'officier civil, pour y faire prononcer leur divorce, sans quoi et passé ce délai, le jugement demeure comme non avenu.

Tout jugement qui a prononcé l'admission d'un divorce, soit pour cause déterminée ou par consentement mutuel, doit être rendu public conformément à ce qui est prescrit par l'art. 872 du Code de procédure ; à défaut de quoi les créanciers sont admis à s'y opposer pour ce qui touche leurs intérêts, et à contredire toute liquidation qui en aurait été la suite entre les époux (art. 66 du Code de commerce).

SECTION VI.

Des effets du divorce.

Les effets du divorce sont relatifs ou à l'état per-

sonnel des époux, ou à leurs intérêts pécuniaires, ou au sort de leurs enfants.

§ 1er.

Sur l'état personnel des époux.

Le divorce dissout les liens du mariage et rend les époux à leur liberté ; ils ont donc dès-lors chacun un domicile propre, et peuvent contracter de nouveaux mariages, sauf les cas prohibés dont nous avons parlé en traitant des empêchements de mariage.

Quand le divorce est prononcé contre la femme, pour cause d'adultère, elle doit être condamnée par le même jugement, sur la réquisition du ministère public, à la reclusion dans une maison de correction, pour un temps déterminé qui ne peut être moindre de trois mois, ni excéder deux années (art. 298 C. c.).

§ 2.

Sur les intérêts pécuniaires des époux.

L'exercice des droits des époux est différent, suivant que le divorce a été prononcé ou par consentement mutuel, ou pour cause déterminée.

LORSQU'IL s'agit du divorce par consentement mutuel, les droits respectifs des époux ont dû être réglés par un traité préalable : cet acte qui ne pouvait être que provisoire avant l'admission de la demande, devient définitif et irrévocable, dès que le divorce est prononcé ; tout est donc terminé entre les époux.

Mais la propriété de la moitié de leurs biens demeure acquise de plein droit, *aux enfants nés de*

leur mariage, à dater rétroactivement du jour de leur première déclaration ; et néanmoins ils en conservent l'usufruit jusqu'à la majorité des enfants, à la charge de pourvoir à leurs entretien et éducation (art. 305 C. c.).

Il faut observer sur cette disposition du Code, que la moitié des biens des époux n'est dévolue *qu'aux enfants nés de leur mariage* commun ; que ce n'est point ici une libéralité des père et mère, mais une peine décrétée contre eux, pour les détourner de divorcer trop légèrement ; qu'à l'égard des enfants, ce n'est que *jure sanguinis*, et non pas comme héritiers, *non jure haereditario*, et par avancement d'hoirie, qu'ils sont revêtus de cette propriété, parce que la loi ne la leur accorde que pour compenser les dommages qu'ils souffrent d'être exposés à se voir abandonnés par leurs père et mère ; et de là résultent plusieurs conséquences remarquables.

La première : que si les époux, ou l'un d'eux, avaient déjà été mariés, les enfants qu'ils auraient eus de mariages précédents, ne seraient point recevables à demander partage dans cette moitié de biens, puisque la loi ne l'attribue qu'aux enfants issus du mariage dissous par le divorce.

La seconde : que, si après le divorce les époux se remarient, les enfants qu'ils pourront avoir dans la suite, ne seront également jamais recevables à demander part dans cette portion de biens, sortie, même avant leur naissance, du patrimoine de leurs père et mère.

La troisième : que, dans aucun cas, les enfants nés du mariage dissous par le divorce ne peuvent être tenus de faire rapport de ce don de la loi, en faveur des enfants nés d'autres mariages, aux successions de leurs auteurs, puisque ce n'est point une libéralité pure, mais une indemnité des dommages qu'ils souffrent; qu'ils ne la tiennent que de la loi, et qu'il n'y a que les donations faites par le défunt qui doivent être rapportées à sa succession (art. 843 C. c.) : c'est ainsi que, dans le cas d'une libéralité inofficieuse, faite par un père ou une mère à un nouvel époux en secondes noces, le retranchement qui s'opère, après le décès du donateur, ne doit avoir lieu qu'au profit des enfants du premier lit (art. 1496 C. c.), comme ayant été seuls exposés à se voir abandonnés par suite des secondes noces de leur père ou de leur mère.

La quatrième : que, par la même raison, les enfants du mariage dissous par le divorce ne seront point tenus de se faire un jour rapport entre eux de cette portion de biens, puisqu'ils ne la tiennent que de la loi et non de l'homme; qu'ils ne l'ont reçue qu'à titre d'indemnité et non comme libéralité pure; que c'est *jure sanguinis* et non point *jure haereditario* ou comme avancement d'hoirie qu'ils la possèdent.

La cinquième enfin : qu'on doit considérer cette espèce de biens comme sortie du patrimoine des père et mère dans un sens absolu, et ne devant plus être comptée pour estimer le montant de la quotité disponible de leurs successions; parce qu'on ne doit, pour fixer cette quotité, réunir fictivement à la masse

des biens, que ceux dont le défunt a disposé lui-même par donations entre-vifs (art. 922 C. c.), et que ce ne sont point les père et mère qui donnent ici la moitié de leurs biens à leurs enfants ; mais la loi seule qui en prive les père et mère pour la conférer à ces enfants.

Lorsque le divorce a été admis pour cause déterminée, il n'y a point encore de traité règlementaire des intérêts des époux, et ils doivent les liquider comme si le mariage était dissous par la mort naturelle ou civile de l'un d'eux.

Mais celui aux torts duquel il a été prononcé, perd tous les avantages que l'autre lui avait faits (art. 299 C. c.); le demandeur au contraire conserve toutes les libéralités à lui faites par le défendeur, même celles stipulées réciproques, encore que la réciprocité n'ait plus lieu (art. 300 C. c.); et si ces avantages ne paraissent pas suffisants pour assurer sa subsistance, comme encore s'il n'y a eu aucune libéralité faite à son profit, et qu'il n'ait pas de revenus propres, la loi (art. 301 C. c.) autorise le Tribunal à lui adjuger une pension alimentaire qui ne peut excéder le tiers des revenus de l'époux condamné; mais cette pension est révocable dans le cas où elle cesserait d'être nécessaire.

Néanmoins, pour quelque cause que le divorce soit prononcé, il ne donne point ouverture aux droits et libéralités de survie, soit de la femme (art. 1452 C. c.), soit du mari (art. 1518 C. c.); mais celui qui a été demandeur conserve la faculté de les exercer après la mort naturelle ou civile de l'autre.

Ici se présente la question de savoir quel est précisément le sort des libéralités entre-vifs, postérieures au mariage, faites par l'un des époux au profit de l'autre, avant le divorce : suivant l'article 1096 du Code Napoléon, les donations faites entre époux pendant le mariage, quoique qualifiées entre-vifs, sont toujours révocables : supposons donc que l'époux contre lequel le divorce a été prononcé, ait précédemment fait une donation à l'autre ; cette libéralité que la loi déclarait révocable durant le mariage, devient-elle irrévocable par le divorce ?

Nous croyons qu'on doit adopter l'affirmative ; et pour l'établir, nous rapporterons ici les textes de la loi sur le rapprochement desquels nous fondons cette opinion.

L'article 299 du Code porte que, « pour quelque » cause que le divorce ait lieu, hors le cas du consen- » tement mutuel, l'époux contre lequel le divorce » aura été admis, perdra tous les avantages que » l'autre époux lui avait faits, soit par leur contrat » de mariage, *soit depuis le mariage contracté* ; » à quoi l'article suivant ajoute au contraire, que « l'é- » poux qui aura obtenu le divorce *conservera les* » *avantages à lui faits par l'autre époux*, encore » qu'ils aient été stipulés réciproques, et que la réci- » procité n'ait pas lieu. »

Cette dernière décision est absolument générale ; elle ne distingue rien : elle s'applique donc également aux avantages faits depuis le mariage, comme à

ceux qui auraient été stipulés dans le traité nuptial même.

Elle est conçue par opposition à la précédente; c'est-à-dire, pour conserver à l'un des époux les avantages dont l'autre est privé : or, le défendeur contre lequel le divorce a été admis, est déchu de plein droit des donations que l'autre lui avait faites depuis le mariage contracté; donc au contraire l'époux demandeur conserve celles qu'il a reçues dans le même cas.

Mais si l'époux qui a obtenu le divorce doit conserver les avantages à lui faits par l'autre durant le mariage; donc celui-ci ne peut les lui ôter, parce qu'autrement il ne les conserverait pas; donc ils deviennent irrévocables par le divorce.

Si le donateur pouvait encore révoquer avec effet, le donataire perdrait, par cette révocation, les avantages qu'il avait auparavant; donc l'un ne peut pas les révoquer, puisque l'autre ne peut pas les perdre, la loi voulant qu'il les conserve.

La disposition du Code est ici véritablement pénale envers l'époux qui a succombé dans le procès en divorce, et compensatoire des dommages soufferts par l'autre; ce n'est donc point aux règles ordinaires des conventions entre époux qu'on doit recourir pour décider la question que nous agitons, mais c'est uniquement au texte de la loi qui prononce la peine, qu'il faut s'attacher pour en apprécier l'étendue.

Lorsqu'il s'agit d'une donation mutuelle, souscrite entre époux, même par contrat de mariage, aucun d'eux ne s'est obligé que sous la condition réciproque

de l'obligation de l'autre ; et si nous voulions ne nous attacher qu'aux principes des conventions, nous serions forcés de convenir qu'aucun d'eux ne pourrait révoquer, sans donner à l'autre le droit de révoquer aussi; néanmoins, dans ce cas, la loi veut que l'époux qui a obtenu le divorce conserve, de son côté, tous les avantages qu'il tient de l'autre, et que celui contre lequel le divorce a été admis, reste privé de toute réciprocité; l'époux condamné est donc obligé à exécuter sa donation dans l'hypothèse contraire à celle où il l'avait souscrite : il n'avait voulu donner que sous la condition qu'il serait lui-même donataire, et quoique cette condition manque, sa donation vaut toujours : il n'avait donné qu'à condition qu'il pourrait révoquer pour l'inexécution des engagements réciproques de l'autre, et nonobstant que l'autre soit relevé de ses engagements, celui-ci demeure toujours irrévocablement obligé ; pourquoi n'en serait-il pas de même des libéralités faites durant le mariage, lorsque la loi prononce généralement et sans exception, que l'époux demandeur conservera tous les avantages à lui faits par l'autre?

Si les avantages faits entre époux, durant le mariage, sont révocables (1), c'est parce que la loi positive les

(1) Quoique ces sortes de donations faites entre époux soient toujours révocables, nonobstant qu'elles aient été conçues sous la forme entre-vifs, elles ont un effet actuel, comme contrat, et ne doivent point être confondues avec les libéralités à cause de mort, dont il n'est pas ici question. Voyez dans Ricard, en son Traité des donations entre-vifs, 1re partie, chap. 2.

affranchit des règles ordinaires des conventions ; mais lorsque le divorce est admis, cette même loi ne peut plus voir dans l'époux coupable, une personne privilégiée : elle n'y voit, au contraire, qu'un ingrat à punir; c'est pourquoi elle le prive du privilége qu'elle lui accordait auparavant, en le replaçant sous le joug du droit commun; et quelle peine pourrait-on lui infliger dont il eût moins lieu de se plaindre ? Serait-ce trop de le forcer à remplir les engagements qu'il a voulu contracter avec l'autre ? Et quelle compensation plus naturelle pourrait-on accorder à l'époux offensé, que la conservation des avantages que le coupable lui avait faits ?

Dira-t-on que c'est par des motifs de morale publique que les donations entre époux ont, dans tous les temps, été déclarées révocables, afin que le mariage ne puisse être le sujet de basses spéculations, *ne venalia essent matrimonia* (1) ; que l'époux offensé pourrait provoquer la libéralité de l'autre, en lui promettant de ne pas ouvrir l'action en divorce, et qu'agissant ensuite il rendrait la donation irrévocable et pourrait ainsi ruiner le défendeur par une promesse trompeuse?

La réponse à cette objection est aussi simple que facile à saisir.

Si les causes de la demande en divorce étaient antérieures à l'acte de libéralité, la donation serait un acte de réconciliation qui rendrait le donataire non-recevable à se pourvoir en divorce, et il se trouverait

---

(1) L. 2. ff. *de donationibus inter vir. et uxor.*, lib. 24, tit. 1.

par là dans l'impuissance de se jouer de sa promesse et de tromper l'autre, s'il en avait le dessein.

Mais depuis quelle époque une libéralité de cette espèce doit-elle être considérée comme irrévocable ? Est-ce dès l'instant du jugement d'admission du divorce seulement, ou est-ce dès le moment de l'introduction de la demande ?

Nous croyons qu'on doit se reporter à l'époque de l'ordonnance par laquelle le président du Tribunal a enjoint aux époux de comparaître en conciliation par-devant lui, soit parce que, suivant les principes du droit commun, les effets du jugement, dans l'intérêt respectif des parties, se reportent à l'introduction de l'instance ; soit parce qu'en matière de divorce, c'est dès la date de l'ordonnance dont nous venons de parler, que les intérêts des époux sont placés sous la main de la loi, pour mettre obstacle aux aliénations frauduleuses (art. 271 C. c.), comme c'est dès cette époque que la moitié de leurs biens se trouve rétroactivement acquise à leurs enfants, lorsque le divorce est prononcé par consentement mutuel (art. 305 C. c.).

Serait-il permis aux époux qui font au profit l'un de l'autre des donations par contrat de mariage, de renoncer à la révocation de ces libéralités, dans le cas du divorce?

Le mariage est destiné à être perpétuel dans sa durée ; la prévoyance du divorce, consignée dans le traité nuptial même, serait une chose indécente.

Promettre d'avance l'impunité à l'époux qui se ren-

drait coupable par la suite; lui assurer une partie de la fortune de l'autre, pour prix de ses infidélités; abolir la peine prononcée par la loi, pour encourager aux délits qu'elle réprouve, ce serait essentiellement blesser la morale : une pareille clause serait donc absolument nulle (art. 1133, 1172 C. c.).

Chez les Romains, cette clause était réprouvée comme immorale, quoiqu'ils permissent de faire des donations pour cause de divorce même, dans l'acte de séparation des époux : *quae tamen sub ipso divortii tempore, non quae ex cogitatione quandoquè futuri divortii fiant* (1).

L'ÉPOUX contre lequel le divorce a été admis, perd donc tous les avantages qu'il avait reçus de l'autre; mais en est-il de même des libéralités qui lui auraient été faites par les parents de celui-ci?

Supposons que les père et mère ou autres parents du mari aient fait une donation à la femme, dans le contrat de mariage; qu'ensuite le mari obtienne le divorce contre son épouse; la donation faite à cette dernière par les parents du demandeur en divorce, sera-t-elle révoquée?

Pour soutenir que la donation doit être encore révoquée dans ce cas, on peut dire que n'ayant été faite qu'à cause de noces, elle reste sans cause dès que le mariage n'existe plus; elle doit donc être anéantie, puisque nulle obligation ne peut exister sans cause (art. 1131 C. c.);

---

(1) L. 12, ff. *de donation. inter vir. et uxor.*, lib. 24, tit. 1.

Que n'ayant été faite que sous la condition du mariage, elle doit être révoquée par le divorce, comme elle aurait été sans effet dès le principe, si le mariage n'avait pas été célébré après le traité nuptial des futurs époux ;

Que les donations en faveur de mariage étant révoquées entre époux, pour cause d'ingratitude, lorsqu'elle résulte de faits capables d'autoriser le divorce, il y a ici même raison d'admettre la révocation, parce que les mêmes causes doivent produire les mêmes effets.

Nonobstant ces raisonnements, nous croyons que la donation dont il s'agit ne serait pas révoquée par le divorce admis contre le donataire.

1° Le Code Napoléon ne parle que des avantages stipulés entre époux, lorsqu'il déclare que celui contre lequel le divorce aura été admis, en restera privé : on ne doit donc pas étendre sa disposition aux libéralités faites à l'un des époux par les parents de l'autre; elles restent par conséquent sous la disposition du droit commun qui ne les révoque pas.

2° Cette question avait été décidée dans un sens contraire par la loi du 20 septembre 1792, qui déclarait (1) que tous les dons ou avantages faits à l'un des époux par les parents de l'autre, en contemplation de mariage, demeureraient éteints et comme non avenus, dès que le divorce aurait été prononcé; M.

(1) Voyez l'art. 4, § 3, de cette loi.

Locré nous apprend que lors de la discussion du Code Napoléon, le Tribunat avait proposé d'y consigner la même disposition que dans la loi de 1792, mais que sa proposition a été rejetée; d'où il faut conclure que le législateur a positivement voulu borner aux donations faites entre époux, la révocation qui a lieu par le divorce.

3° La donation faite, en contemplation de mariage, à l'un des époux par les parents de l'autre, ne peut plus être considérée comme un acte sans cause, dès que le mariage a été ensuite célébré; et l'anéantissement de la libéralité n'est point la conséquence nécessaire du divorce, parce que rien n'empêche qu'un effet continue à subsister, lors même que sa cause n'existe plus.

4° La révocation opérée par le divorce rentre dans les principes du droit commun, à l'égard des donations faites entre époux, parce qu'elle est fondée soit sur l'ingratitude du donataire, soit sur l'inexécution des conditions du contrat par lequel les époux s'étaient promis fidélité, secours et assistance mutuels; mais il n'y a que le mari et la femme qui puissent se prévaloir réciproquement entre eux de ces causes pour révoquer les libéralités qu'ils se sont faites. Les parents de l'un des époux qui auraient fait une donation à l'autre, seraient, comme tout donateur étranger, non-recevables à la révoquer pour des torts qui ne les concernent point.

Ils ne pourraient agir pour cause d'ingratitude, parce que l'ingratitude n'opère ses effets que quand

c'est le donateur lui-même qui a été offensé par le donataire (art 955 C. c.) ; et que ce ne sont pas les parents de l'époux demandeur en divorce qui peuvent se plaindre, ni demander le divorce; mais qu'au contraire c'est cet époux lui-même qui doit avoir été outragé, pour être fondé à le faire prononcer contre l'autre.

Ils ne pourraient agir pour cause d'inexécution des conditions du contrat, parce que ce n'est pas avec eux, mais avec l'autre conjoint, que l'époux donataire avait souscrit la promesse de fidélité, secours et assistance mutuels.

Les parents de l'un des époux qui ont fait des libéralités à l'autre, ne peuvent donc invoquer ici, ni le texte d'aucune loi positive, ni même les principes du droit commun, pour prétendre à la révocation de ces libéralités, dans le cas où le divorce aurait été prononcé contre l'époux donataire.

§ 3.

Des effets du divorce relativement aux enfants.

Les enfants peuvent être considérés ici, soit par rapport à leur état personnel et à la tutelle des père et mère, soit par rapport à leurs intérêts pécuniaires.

L'article 302 du Code porte que « les enfants se-
» ront confiés à l'époux qui a obtenu le divorce, à
» moins que le Tribunal, sur la demande de la fa-
» mille, ou du procureur impérial, n'ordonne, pour
» le plus grand avantage des enfants, que tous ou
» quelques-uns d'eux seront confiés aux soins soit de

» l'autre époux, soit *d'une tierce personne.* » Et l'article suivant ajoute que « quelle que soit la per- » sonne à laquelle les enfants seront confiés, les père » et mère conserveront respectivement le droit de sur- » veiller l'entretien et l'éducation de leurs enfants, » et seront tenus d'y contribuer à proportion de leurs » facultés. » Quelle est la nature des fonctions déférées par le Tribunal à la personne à laquelle les enfants sont confiés en conséquence de cette disposition de la loi?

Supposons que ce soit la femme qui ait obtenu le divorce contre son mari, et que par suite les enfants lui aient été confiés; aura-t-elle sur eux la puissance paternelle? sera-t-elle au moins leur tutrice, et aura-t-elle le droit de les représenter dans les actes civils?

Nous estimons que la négative n'est pas douteuse, et que le jugement qui ordonne que les enfants mineurs seront confiés à l'un des époux plutôt qu'à l'autre, n'est que l'acte du dépôt qui doit être fait de leurs personnes, entre les mains les plus propres à surveiller leur éducation, comme lorsqu'on remet un enfant à un maître de pension pour le soigner et l'élever?

1° Le texte que nous venons de transcrire porte que les père et mère *conserveront respectivement le droit* de surveiller l'entretien et l'éducation de leurs enfans; il n'y a donc rien de changé dans leurs droits, puisqu'ils les conservent; donc le père conserve de son côté la puissance paternelle et la tutelle, et que d'autre part, la mère conserve le droit de succéder au père dans l'exercice de cette magistrature domestique,

en cas qu'elle lui survive durant la minorité de leurs enfants.

2° La loi n'accorde à la mère les droits de la puissance paternelle qu'après la mort naturelle ou civile du père; elle n'a dans cette charge que la survivance de son mari (art. 373, 381 et 384 C. civ.) : il en est de même pour les fonctions de la tutelle (art. 390 C. civ.), abstraction faite de tout jugement particulier portant destitution; donc le Tribunal ne pourrait déférer ni l'une ni l'autre de ces fonctions à la mère, tant que le père est vivant.

3° Le Tribunal peut ordonner que les enfants ne seront confiés ni au père ni à la mère, mais à une *tierce personne :* cette tierce personne peut être également ou une femme ou un homme; donc cet acte de dépôt n'est point une dation de tutelle, puisqu'il peut avoir lieu à l'égard d'une femme qui ne saurait être tutrice.

4° La tutelle dative ne peut avoir lieu qu'à défaut de la tutelle légitime des père et mère et autres ascendants (art. 405 du C. civ.); donc il n'y a point ici de dation de tutelle, puisque les père et mère sont vivants.

5° Le père ayant été revêtu de la tutelle avant l'action en divorce, ou plutôt ayant la puissance paternelle qui, dans cet état de choses, absorbe la tutelle, doit la conserver jusqu'à ce qu'il en ait été destitué pour une des causes déterminées par la loi, et suivant les formes qu'elle prescrit; or, le divorce n'est point rappelé parmi les causes de destitution de la tutelle

(art. 444 du C. civ.); le texte que nous venons de transcrire porte, au contraire, que les enfants peuvent être confiés même à celui des époux contre lequel le divorce aura été prononcé, et d'autre côté la destitution de la tutelle ne peut avoir lieu qu'autant qu'elle aurait été d'abord délibérée par le conseil de famille (art. 446 du C. civ.); donc le père doit être considéré jusque-là comme le seul tuteur de ses enfants mineurs, et comme leur seul représentant légal pour exercer leurs actions civiles.

Nous disons *jusque-là*, parce qu'il serait possible qu'il eût mérité la destitution de la tutelle; mais il faudrait qu'elle eût été prononcée contre lui suivant les formes déterminées par le Code, sans quoi l'on ne peut dire qu'il en soit déchu.

Sous le rapport des intérêts pécuniaires, l'art. 304 du Code porte que « la dissolution du mariage par le » divorce admis en justice, ne privera les enfants nés » de ce mariage, d'aucun des avantages qui leur » étaient assurés par les lois, ou par les conventions » matrimoniales de leurs père et mère; mais il n'y » aura d'ouverture aux droits des enfants que de la » même manière et dans les mêmes circonstances où ils » se seraient ouverts, s'il n'y avait pas eu de divorce. »

Il résulte de là, 1° que si les pères et mères des époux ou de l'un d'eux, usant de la faculté qui leur est accordée par l'article 1048 du Code, avaient fait à ceux-ci une donation de biens présents, non excédant leur quotité disponible, avec charge de les rendre aux enfants à naître de leur mariage, le

divorce des époux donataires ne porterait aucune atteinte aux droits des enfants substitués; mais que ce droit ne serait ouvert au profit de ces derniers qu'à l'époque déterminée par les auteurs de la substitution;

2° Que pareillement dans le cas d'une institution contractuelle faite aux époux dans leur contrat de mariage, laquelle, suivant l'article 1082 du Code, est toujours présumée faite aussi *au profit des enfants et descendants à naître du mariage*, comme s'ils étaient vulgairement substitués, à défaut des institués; le divorce prononcé entre les époux institués, ne porterait aucune atteinte aux droits des enfants pour recueillir l'institution contractuelle, en cas que le décès de leurs père et mère arrivât avant celui du donateur; mais ce droit ne serait toujours ouvert pour les enfants, qu'à l'époque de la mort de l'auteur de la disposition.

CHAPITRE XXIV.

De la séparation de corps.

Qu'est-ce que la séparation de corps?

Pour quelles causes peut-elle être prononcée?

Quel est le Tribunal compétent pour en connaître, et quelle est la forme de procéder?

Quels sont les effets de la séparation de corps?

SECTION Ire.

Qu'est-ce que la séparation de corps?

La séparation de corps est une désunion imparfaite

qui relâche les liens du mariage sans les rompre, et au moyen de laquelle les époux sont autorisés à se choisir séparément chacun une habitation propre et particulière.

[Par le divorce, les époux deviennent étrangers l'un à l'autre; ils sont rendus à leur liberté : par la séparation de corps, au contraire, ils restent unis dans le droit, et sont désunis par le fait : les devoirs de la cohabitation cessent entre eux, malgré les liens qui unissent encore leur sort.]

Avant la Révolution, la séparation de corps était, en France, le seul remède permis aux époux victimes d'une union malheureuse. La loi du 20 septembre 1792 en avait ensuite aboli l'usage, pour y substituer celui du divorce; mais cette nouvelle institution pouvant blesser les principes religieux d'une grande partie de la nation, les auteurs du Code ont voulu, par respect pour le domaine des consciences, rétablir la séparation de corps, en conservant en même temps le divorce pour ceux qui n'auraient point de répugnance à en user (*a*).

[Nous avons observé en tête du chapitre précédent,

(*a*) Depuis l'abolition du divorce, les choses en sont revenues au point où elles étaient avant la Révolution. Seulement, il serait à désirer qu'une loi vînt organiser complétement la matière de la séparation de corps. Les rédacteurs du Code civil ont traité ce sujet d'une manière succincte et à la hâte, sans le mettre suffisamment en harmonie avec d'autres matières du droit, comme par exemple, celle de la paternité et de la filiation, et en laissant ainsi un grand nombre de questions indécises.

que le divorce était interdit aux membres de la Maison impériale, de tout sexe et de tout âge. Il n'en est pas de même de la séparation de corps. Ils peuvent la demander à l'Empereur, et elle s'opère sans forme de procédure, par la seule autorisation de Sa Majesté; mais elle n'a d'effet que quant à l'habitation commune, et ne change rien aux conventions matrimoniales (1).]

SECTION II.

Des causes pour lesquelles la séparation de corps peut être demandée.

La demande en séparation de corps ne doit être accueillie qu'autant qu'elle serait fondée sur l'adultère, les excès, sévices et injures graves, et sur la condamnation de l'un des époux à une peine infamante, dans les mêmes circonstances où ces causes peuvent légitimer la demande en divorce (Art. 306 C. c.) (*a*).

---

(1) Voyez l'article 8 des statuts du 30 mars 1806, bulletin 84, n° des lois 1432, tom. 4, pag. 371, 4e sér.

(*a*) I. V. page 489, les développements donnés par l'auteur sur *les causes déterminées du divorce.*

II. Les mots *maison commune* de l'article 230, au lieu desquels on trouve dans l'article 339 du Code pénal les mots *maison conjugale*, qui ont le même sens, peuvent donner lieu à quelques questions.

Ainsi on s'est demandé si l'article 230 serait applicable au cas où le mari tient sa concubine dans une maison de campagne qu'il habite comme propriétaire, usufruitier, usager ou locataire, mais où

Elle n'est point admise, comme le divorce, par le consentement mutuel des époux; la raison de différence, c'est que la séparation de corps, jadis seule en

---

la femme ne se trouve pas actuellement? Il faut décider l'affirmative. En effet, la maison dont il s'agit est bien une maison *commune* ou *conjugale*, puisque la femme a le droit d'y habiter avec le mari, puisqu'elle peut s'y rendre d'un jour à l'autre, et que peut-être même elle en est empêchée par la conduite scandaleuse du mari. Si le mari abandonne sa femme et entretient chez lui une concubine, l'article 239 est également applicable; car la femme a le droit de forcer son mari à la recevoir dans sa maison, qui par conséquent est toujours, légalement parlant, la *maison commune*. Le mari ne peut d'ailleurs se faire un titre d'excuse de l'abandon où il laisse sa femme. Au reste, l'article ne serait pas applicable, si le mari avait seulement commis un adultère dans la maison commune, sans y avoir entretenu une concubine.

III. Relativement au cas où l'un des époux a été condamné à une peine infamante (V. art. 232), nous ferons remarquer que la disposition de l'article 261 doit être tout naturellement étendue au cas de séparation de corps; c'est-à-dire, que la séparation ne doit être prononcée par le juge, qu'autant que le jugement de condamnation n'est plus susceptible d'être réformé par aucune voie légale.

IV. On peut opposer à la demande en séparation de corps les mêmes fins de non-recevoir qui pouvaient être opposées à la demande en divorce. (V. C. c., art. 272 à 274, et dans l'auteur, page 499).

Peut-on opposer à la demande une fin de non recevoir tirée de ce que le demandeur est coupable d'un fait illicite de la même nature que celui dont il se plaint?

D'après l'article 336 du Code pénal, le mari ne peut dénoncer l'adultère de sa femme pour lui faire appliquer la peine portée par la loi, s'il a lui-même entretenu une concubine dans la maison conjugale. D'où il paraît résulter que dans le même cas, le mari ne

usage parmi les catholiques en France, n'y avait jamais été autorisée que pour causes déterminées et non par le consentement mutuel des époux ; qu'ainsi, si l'on a dû, par respect pour le domaine des consciences, l'admettre dans le nouveau Code, on devait aussi, et par la même raison, ne pas l'étendre à un cas désavoué par les principes religieux de ceux pour lesquels elle est établie.

D'ailleurs, la séparation de corps emportant celle de biens, le législateur a voulu écarter les dangers de

---

peut demander contre sa femme la séparation de corps ; puisque le jugement qui la prononcerait devrait en même temps condamner la femme à la peine dont il s'agit. (V. C. civ., art. 308.) Toutefois, cet article 336 du Code pénal et la conséquence que nous en tirons ne paraissent pas devoir être appliqués en sens inverse ; c'est-à-dire, qu'une faute isolée de la femme ne pourrait être alléguée comme fin de non-recevoir par le mari qui aurait entretenu une concubine dans la maison commune.

En ce qui concerne les excès et injures graves, il faut examiner si la provocation justifie le fait inculpé ; ce qui n'a rien de commun avec une fin de non-recevoir. Au reste, cette justification ne paraît guère devoir s'appliquer aux sévices, c'est-à-dire, aux actes d'une méchanceté continue et réfléchie.

Enfin, quant aux condamnations à des peines infamantes; si elles ont été encourues par chacun des deux époux, elles doivent être considérées comme constituant au profit de chacun d'eux une fin de non-recevoir. En effet, ce motif de séparation de corps a été admis par la loi sur ce fondement que l'infamie dont l'un des époux a été frappé peut rendre la vie commune insupportable à l'autre. Or, ce fondement de la demande en séparation manque tout-à-fait, si les deux époux ont subi une condamnation de la même nature.

fraude que des époux, agissant de concert, pourraient commettre au préjudice de leurs créanciers, en choisissant la voie de la séparation de corps, dans laquelle ils doivent figurer seuls, préférablement à la procédure en séparation de biens, dans laquelle les créanciers peuvent toujours intervenir pour la conservation de leurs droits (1) (*a*).

La séparation de corps n'est donc point admissible par le simple consentement mutuel des époux, et nous devons en tirer la conséquence que le seul aveu du défendeur, sur la réalité des reproches dirigés contre lui, ne serait pas une preuve telle que le juge dût s'en contenter, s'il n'y avait d'autres faits à l'appui, parce qu'il serait possible que des époux colludassent ensemble, pour obtenir indirectement, par consentement mutuel, une séparation qui, d'après la loi, ne doit pas dériver immédiatement de la volonté des parties, sans les causes de faits qu'elle détermine pour en être le fondement.

Déjà, pour la simple séparation de biens demandée par la femme, la loi veut que l'aveu seul du mari ne

---

(*a*) Le principal motif pour lequel la séparation de corps par consentement mutuel n'a pas été permise, c'est qu'elle était inutile. En effet, si les époux veulent seulement vivre séparés, ils le peuvent sans recourir à l'intervention de la justice. Mais s'ils se proposent, en outre, d'arriver à établir entre eux la séparation de biens, alors se présentent les inconvénients et les dangers qui sont signalés par l'auteur.

(1) Voyez les articles 871 et suivants du Code de proc.

fasse pas preuve (1) ; à plus forte raison en doit-il être ainsi dans la demande en séparation de corps qui est de toute autre importance.

SECTION III.

Quel est le Tribunal compétent pour prononcer la séparation de corps, et dans quelles formes doit-on procéder ?

La demande en séparation de corps est une action civile et personnelle, sur une question d'état ; elle doit donc être portée au Tribunal d'arrondissement du défendeur, qui est aussi celui du demandeur (art. 875 du Code de proc.), les deux époux ne pouvant avoir jusque-là qu'un seul et même domicile (art. 108 C. c.).

Quant à la forme de procéder, la demande en séparation de corps doit être précédée d'une tentative de conciliation, par-devant le président du Tribunal d'arrondissement.

Pour cela, l'époux demandeur est tenu de présenter à ce magistrat, sa requête contenant sommairement les faits, y joindre les pièces à l'appui, s'il en a.

Cette requête est répondue par une ordonnance de comparution à laquelle les parties ne peuvent satisfaire qu'en personne, sans pouvoir se faire assister d'avoué ni de conseil (art. 877 du Code de proc.).

Si dans cette entrevue le président du Tribunal ne

---

(1) Voyez l'art. 870 du Code de proc.

peut concilier les époux, il rend une seconde ordonnance par laquelle il autorise la femme à procéder sur la demande qu'elle a formée, ou qui est rédigée contre elle; lui permet de se retirer provisoirement dans telle maison dont les parties sont convenues, ou qu'il indique lui-même d'office, et enjoint au mari de lui remettre les effets destinés à son usage journalier (art. 878 du Code de proc.).

[En cause de divorce, la femme ne doit pas être autorisée pour contester, parce que l'action tend à dissoudre le mariage] : il n'en est pas de même ici, parce que l'incapacité de la femme reste même après la séparation de corps; il faut donc qu'elle soit autorisée d'office (*a*).

(*a*) I. En matière de séparation de corps, l'autorisation donnée à la femme par le président du tribunal est, comme nous l'avons dit, purement de forme; car ce magistrat ne peut la refuser. En matière de divorce pour cause déterminée, la loi établissait un système de formalités préliminaires indépendant de la qualité de l'époux demandeur, et par conséquent tout-à-fait étranger à la théorie de l'incapacité de la femme mariée. (V. art. 236 et suiv.).

II. On peut se demander si les articles 875 et suivants du Code de procédure sont applicables, lorsque la demande en séparation de corps est fondée sur l'existence d'une condamnation à une peine infamante (V. art. 232). Pour l'affirmative, on peut dire que l'article 875 étant général dans ses termes, s'applique à tous les cas. Cependant on ne voit guère comment, au cas dont il s'agit, il peut y avoir lieu *à rapprochement* ou *à conciliation ;* car il n'y a pas eu d'outrage fait directement par l'un des époux à l'autre. En outre, il est à remarquer qu'en matière de divorce, la loi qui prescrivait aussi au juge de tenter un rapprochement entre les époux,

Le ministère public doit conclure dans les causes de cette espèce (art. 879 du Code de proc.), comme dans toutes les autres qui sont agitées sur des questions d'état (art. 83 du Code de proc.).

On doit porter à l'audience les demandes en provision qui peuvent être formées par l'une ou l'autre des parties (art. 878 du Code de proc.), comme pour obtenir des aliments à la femme, le plaid pendant, ou pour faire ordonner la confection d'un inventaire ou tous autres actes conservatoires des effets communs (*a*).

---

faisait exception à cette règle pour le cas où la demande était fondée sur l'article 232 (Comp. art. 239 et 261). V. en ce sens un arrêt de la Cour royale de Paris, du 6 août 1840. Sir., 1841, part. 2, p. 50.

III. Qu'arriverait-il si la femme ne résidait pas dans la maison convenue entre les parties ou indiquée par le président? Nous pensons qu'il faut appliquer ici par analogie l'article 269; qu'en conséquence le mari pourra refuser à la femme la pension alimentaire, et si elle est demanderesse, la faire déclarer non-recevable dans ses poursuites. Cependant nous devons avertir que cette application de l'article 269 est controversée.

(*a*) L'auteur applique au cas de séparation de corps l'article 270, qui donne à la femme commune en biens, demanderesse ou défenderesse en divorce, le droit de requérir des mesures conservatoires des effets mobiliers de la communauté. Pour soutenir cette opinion, on peut argumenter précisément de la nature de ces mesures qui sont purement conservatoires, et nullement pénales à l'égard du mari.

On peut ajouter que si la procédure de séparation de corps était compromettante pour les intérêts pécuniaires de la femme, les ré-

Il doit être aussi statué d'abord sur les fins de non-procéder ou de non-recevoir, suivant la marche ordinaire de la procédure.

Mais quel genre de preuves doit administrer celui des époux qui se plaint des sévices de l'autre? pourrait-il, comme en cause de divorce (art. 251 C. c.), invoquer le témoignage domestique?

Dans le cas où il y a lieu à la demande en divorce, pour cause déterminée, le Code veut qu'il soit libre aux époux d'ouvrir plutôt la demande en séparation de corps; et il ajoute qu'elle sera intentée, instruite et jugée de la même manière que toute autre action

---

dacteurs du Code l'auraient indirectement forcée à recourir au moyen extrême du divorce, et l'auraient ainsi placée entre son intérêt et sa conscience; ce qui était tout-à-fait contraire à leur intention.

Toutefois, cette solution est très-douteuse; car cet article 270 est bien exorbitant du droit commun. Ne peut-on pas dire en outre que la demande en divorce, à raison de la gravité de ses conséquences, devait plus encore que la demande en séparation de corps, faire craindre l'exaspération et les manœuvres frauduleuses du mari?

Au contraire, l'application de l'article 271 à la matière de la séparation de corps ne saurait être douteuse. En effet, la disposition de cet article n'est qu'une suite du principe général posé dans l'article 1167.

Il en est de même de l'article 267 qui est relatif à l'administration provisoire des enfants. Cette administration doit rester au mari, à moins qu'il n'en soit autrement ordonné par le tribunal, sur la demande soit de la mère, soit de la famille, ou du ministère public, pour le plus grand avantage des enfants.

civile (art. 307 C. c.) : résulte-t-il de là que les témoins domestiques ou parents soient soumis, dans les causes de séparation, aux règles qui les écartent du témoignage dans les procédures ordinaires ?

Nous ne le pensons pas, soit parce qu'il y a ici même raison que dans le divorce, d'admettre le témoignage domestique, soit parce que la qualité des témoins admissibles ou non, tient plutôt au fond du droit, qu'à la forme extérieure de la procédure : celui des époux qui est dans le cas d'ouvrir son action, a incontestablement le droit acquis d'employer le témoignage domestique, pour prouver les excès de l'autre, s'il veut intenter l'action en divorce ; il doit donc conserver le même droit s'il opte pour la séparation de corps, puisqu'il n'y a ici que la simple forme de procéder qui soit différente.

Cette décision nous paraît d'autant plus juste, qu'autrement c'eût été gêner la liberté de l'époux qui voudrait se pourvoir, et le forcer à opter plutôt pour l'action en divorce, afin de pouvoir fournir un genre de preuves qui serait repoussé dans l'action en séparation de corps.

Le jugement de séparation de corps étant rendu, on doit l'insérer sur un tableau exposé pendant un an, dans l'auditoire des Tribunaux de première instance et de commerce (art. 1445 C. c.) du domicile du mari, lors même qu'il n'est pas négociant (art. 872 et 880 du Code de proc.) ; et, s'il n'y a pas de Tribunal de commerce, dans la principale salle de la maison-

commune; et pareil extrait doit être inséré au tableau exposé dans la chambre des avoués et notaires.

Cette publicité est exigée, pour que le mari qui a perdu la jouissance des biens de sa femme et la maîtrise de ceux de la communauté qui existait entre les époux, ne puisse, par un crédit imaginaire, abuser des créanciers qui ne connaîtraient pas sa position.

SECTION IV.

Quels sont les effets de la séparation de corps?

Le premier effet de la séparation de corps est de dispenser les époux du devoir de la cohabitation, en sorte que la femme acquiert par là le droit d'avoir un domicile propre et distinct de celui de son mari. (*a*).

La séparation de corps ne dissout pas le mariage, mais elle fait cesser la collaboration et détruit l'unité du ménage; elle dissout par conséquent la communauté de biens (art. 311 C. c.); d'où il résulte que, sans être entièrement affranchie de l'autorité maritale, la femme reprend néanmoins l'administration de ses biens : elle devient en conséquence capable de faire seule tous les actes qui appartiennent à cette administration, comme y étant tacitement autorisée par le jugement qui la rétablit dans la possession de ses propres; elle peut aussi disposer de son mobilier

(*a*) Par la séparation de corps, la femme acquiert le droit d'avoir un domicile propre; et ce, nonobstant les termes généraux de l'article 108. (V. la note *b* de lapage 244).

et le vendre; mais elle ne peut aliéner ses immeubles sans le consentement du mari, ou sans autorisation suppléée par le juge (art. 1449, 1538 et 1576 C. c.).

La séparation de corps, ayant pour effet de dissoudre la communauté, donne lieu à la liquidation respective des droits des époux, comme si le mariage lui-même était dissous (*a*).

(*a*) La séparation de biens, conséquence de la séparation de corps, remonte-t-elle au jour de la demande formée en justice?

Pour l'affirmative, on peut argumenter par voie d'analogie de l'article 1445. On peut invoquer en outre ce principe général, que le demandeur qui triomphe doit être placé dans la même position et obtenir les mêmes avantages que si le juge avait statué sur la demande dès qu'elle a été formée.

Néanmoins nous adopterons l'opinion opposée qui se fonde sur les motifs suivants : 1° l'argument d'analogie tiré de l'article 1445 n'est pas exact. En effet, la séparation de biens n'est prononcée par voie de disposition principale qu'à raison du dérangement des affaires du mari. L'effet rétroactif donné au jugement de séparation de biens a donc une utilité particulière, et tend à garantir la femme de la ruine qui la menace. Au contraire, la demande en séparation de corps n'étant pas fondée sur le désordre des affaires du mari, la nécessité d'une disposition analogue ne se fait pas sentir. 2° La règle qui veut que le demandeur qui triomphe soit mis absolument dans la position où il se trouverait si l'affaire avait été jugée immédiatement, n'est en réalité applicable qu'au cas où le défendeur devait accéder à la demande; ce qui est tout-à-fait impossible en matière de séparation de corps (Comp. la note *a* de la page 435). 3° La demande en séparation de corps n'est pas publique comme la demande en séparation de biens; et néanmoins cette publicité serait nécessaire si le jugement devait avoir un effet rétroactif à l'égard

Si la séparation de corps est prononcée contre la femme, pour cause d'adultère, elle doit être, sur les conclusions du ministère public, condamnée par le même jugement, à la reclusion, au moins pendant trois mois et au plus pendant deux années (art. 308 C. c.) ; mais le mari reste maître d'abréger les effets de cette condamnation, en consentant à reprendre son épouse (art. 309 C. c.); et alors, si le mariage a été contracté sous le régime communal, et que les parties veuillent l'une et l'autre rétablir de nouveau, entre elles, la communauté qui avait été dissoute par la séparation de corps, elles sont obligées d'en passer acte par-devant notaire, moyennant quoi les choses sont remises au même état qu'avant la séparation, sans préjudice néanmoins de l'exécution des actes qui, dans cet intervalle, ont pu être faits par la femme, suivant la capacité qu'elle en avait reçue (art. 1451 C. c.).

[Quand la séparation de corps a été prononcée

---

des tiers (Comp. Pr., art. 866, 867, 868). 4° On peut argumenter par voie d'analogie de l'art. 271, duquel il résulte qu'au cas de divorce la communauté n'était dissoute qu'à partir du jugement, et non à partir de la demande. On voit en effet par cet article que les aliénations d'immeubles faites par le mari ou les obligations par lui contractées pendant l'instance pouvaient être opposées à la femme, si elles n'étaient pas frauduleuses. 5° Cette opinion ne présente aucun inconvénient; car si, indépendamment des torts graves du mari, l'état de ses affaires met en péril la dot de la femme, rien n'empêche celle-ci de former contre lui cumulativement une demande en séparation de corps et une demande en séparation de biens.

pour toute autre cause que l'adultère de la femme, et qu'elle a duré trois ans, l'époux originairement défendeur, est maître de la faire convertir en divorce, si l'autre dûment appelé par-devant le Tribunal d'arrondissement, ne consent pas immédiatement à la faire cesser (art. 310 C. c.)].

Lorsque le mariage est dissous par le divorce, pour cause déterminée, l'époux contre lequel il a été admis, est privé de tous les avantages qui lui avaient été faits par l'autre; doit-on attribuer les mêmes effets à la demande en séparation de corps? L'époux demandeur en séparation de corps serait-il fondé à demander aussi que les libéralités qu'il avait faites à l'époux défendeur fussent révoquées comme dans le cas de l'action en divorce?

Pour soutenir la négative, on peut dire que cette révocation décrétée par la loi, au chapitre quatre du divorce, n'est pas de même consignée dans le chapitre cinq qui traite de la séparation de corps; que c'est ici une disposition pénale; qu'on ne pourrait par conséquent l'étendre d'un cas à un autre, sans violer tous les principes; qu'en règle générale les donations en faveur de mariage ne sont point révocables pour cause d'ingratitude; que s'il est dérogé à cette règle dans le cas du divorce, ce n'est point une raison pour y déroger encore quand il est question de la séparation de corps, parce que la dérogation aux principes du droit commun ne doit jamais être étendue au-delà du cas déterminé par la loi; que si les libéralités faites en contemplation de mariage sont anéanties par

le divorce, c'est parce que le mariage étant dissous, les conventions accessoires à l'union des époux doivent aussi disparaître quand cette union n'existe plus ; mais qu'il n'en doit point être ainsi dans la séparation de corps, puisqu'elle ne dissout pas les liens du mariage (*a*).

Nonobstant ces raisonnements, nous croyons que l'époux demandeur en séparation de corps, est en droit de conclure aussi à la révocation des libéralités qu'il aurait faites à l'autre; et nous fondons cette opinion soit sur l'esprit qui a présidé à la rédaction du Code civil, soit sur le texte même de ce Code, soit sur les principes de la matière et la jurisprudence de tous les temps.

1° Dans l'esprit du Code civil, l'action en divorce

(*a*) On a ajouté une considération à celle que présente ici l'auteur dans le sens de la solution négative. On a dit que l'application de l'article 299 à la séparation de corps pourrait être plus tard un obstacle à la réconciliation des époux, parce que celui d'entre eux qui a obtenu la séparation craindrait d'opérer le rétablissement des libéralités par lui faites, lesquelles se trouvent maintenant anéanties. Mais on peut faire à cet argument une réponse facile, et que nous fournit un peu plus loin le texte même de l'auteur (v. les raisons qu'il donne pour l'affirmative, au 6°). C'est que la réunion des époux ne suffit pas à elle seule pour opérer le rétablissement de leurs anciennes conventions matrimoniales (V. art. 1451). Cependant la jurisprudence s'est prononcée en faveur de la solution rejetée par M. Proudhon. (V. arrêts de la Cour de cass. du 17 juin 1822, Sir., 1822, part. 1, p. 359; et du 13 février, Sir., 1826, part. 1, p. 265).

et l'action en séparation de corps sont laissées à l'option libre de l'époux offensé (art. 306 C. c.); il ne doit éprouver nulle contrainte de choisir l'une plutôt que l'autre : c'est par des motifs de tolérance religieuse que le législateur a voulu lui accorder la plus grande liberté dans son choix ; or, cette liberté ne serait plus entière si la loi le plaçait dans une position telle que sa conscience lui fît un devoir d'opter pour la séparation de corps, tandis que son intérêt exigerait qu'il recourût à la voie du divorce, pour obtenir la révocation des libéralités qu'il aurait faites à l'autre ; il faut donc, pour être conséquent avec le principe de liberté entière qui lui est accordée, qu'il puisse aussi, par l'action en séparation de corps, obtenir la révocation des avantages qu'il avait faits à l'époux coupable.

2° La séparation de corps ne peut être obtenue que pour les mêmes causes déterminées, pour lesquelles le divorce peut être demandé : les mêmes causes caractérisent la même ingratitude : elles doivent donc produire le même effet.

3°. Toute donation devient révocable pour cause d'ingratitude du donataire : la raison sollicite cette peine contre lui, et la loi positive la prononce (art. 955 du C. civ.); le principe général est donc ici pour la révocation de la libéralité ; reste à savoir si l'époux coupable peut soutenir qu'il est dans un cas d'exception à la disposition pénale qui frappe tous les ingrats.

Pour le placer dans un cas d'exception, l'on invoque l'article 959 du Code, portant que *les dona-*

tions en faveur de mariage ne sont pas révocables pour cause d'ingratitude; mais en réfléchissant sur le motif de cette disposition dérogatoire à la règle commune, l'on est forcé de convenir qu'elle ne doit être applicable qu'aux donations faites aux époux, par leurs parents, ou par des étrangers, et qu'il y aurait autant d'inconséquence que d'injustice de l'appliquer aux avantages stipulés entre les époux eux-mêmes.

En effet, la donation en faveur de mariage, faite à l'un des époux, par ses père et mère ou autres, n'est pas uniquement stipulée dans l'intérêt personnel du donataire; elle est faite aussi, au moins indirectement, pour l'avantage des enfants à naître, et surtout pour celui de l'autre époux qui nécessairement en doit profiter, et qui est censé n'avoir consenti au mariage qu'à cette condition.

Si donc l'ingratitude du donataire direct pouvait donner lieu à la révocation de cette donation, l'innocent se trouverait puni par rapport à la faute du coupable. Tel est le motif pour lequel les donations en faveur de mariage, faites aux époux par leurs parents ou autres, ne sont point ici soumises à la règle commune; mais ce motif est absolument étranger au cas de la donation faite à l'un des époux par l'autre, parce qu'en la révoquant, il n'y a que le coupable qui supporte la peine de son ingratitude. Et comment un époux obligé à respecter l'autre, par les seuls devoirs attachés à l'union conjugale, pourrait-il être placé dans une position plus favorable qu'un étranger, lorsqu'il se porte

à outrager l'autre époux qui est en même temps son bienfaiteur? Comment la loi pourrait-elle être assez inconséquente, pour récompenser un tel donataire, par cela seul qu'il est doublement coupable?

Les auteurs du Code n'ont point mérité le reproche d'une pareille inconséquence; l'article 1518 le repousse : « Lorsque la dissolution de la communauté » s'opère par le divorce ou par la séparation de corps, » porte cet article, il n'y a pas lieu à la délivrance » actuelle du préciput; *mais l'époux qui a obtenu* » *soit le divorce, soit la séparation de corps, con-* » *serve ses droits au préciput en cas de survie.* » Il n'y a donc que l'époux qui a obtenu la séparation de corps, comme il n'y a que celui qui a obtenu le divorce, qui conserve ses droits au préciput conventionnel; mais ce préciput n'est autre chose qu'un gain ou un avantage de survie réciproquement stipulé entre les époux, par leur contrat de mariage : donc l'époux coupable, contre lequel la séparation de corps est prononcée, doit perdre les avantages qui avaient été stipulés à son profit, tandis que le demandeur conserve ceux qui lui avaient été assurés; donc la cause d'ingratitude n'opère pas seulement dans le cas du divorce, mais elle produit aussi ses effets, dans le cas de la séparation de corps (*a*).

(*a*) Pour affaiblir l'argument que l'on tire de l'article 1518, on a dit que cette disposition était toute spéciale et uniquement relative au préciput conventionnel. Mais il est remarquable que l'article 1518 n'établit pas d'une manière directe la perte du préciput au

4°. Lorsque les auteurs du Code civil ont décidé que les donations faites en faveur de mariage ne seraient pas révoquées pour cause d'ingratitude, ils n'ont fait que consacrer de nouveau une règle de la jurisprudence ancienne, *patrona dotem pro libertâ jure promissam, quòd extiterit ingrata, non retinebit* (1); or, dans la jurisprudence ancienne, les donations entre époux ont toujours été jugées révocables pour cause d'ingratitude, lors de la séparation de corps admise sur la demande du donateur contre le donataire (2); donc on doit juger de même aujourd'hui, puisqu'on n'aperçoit, dans cette matière, aucune innovation aux anciennes règles.

5° Non-seulement les donations sont révocables pour cause d'ingratitude, mais elles le sont aussi pour l'inexécution des conditions du contrat (art. 953 du C. civ.) : cette règle est commune à toutes les conventions; elle est dans le droit naturel, comme dans le

---

détriment de l'époux coupable, mais la présuppose au contraire, ce qui paraît indiquer une relation tacite à un principe général. L'article 1518 semble bien plutôt fournir un argument *à fortiori;* car le préciput proprement dit est une clause de communauté, par conséquent une véritable convention à titre onéreux. Or, si l'époux coupable doit en perdre le bénéfice, comment conserverait-il celui d'une pure libéralité?

(1) L. 69, § 6, ff. *de jure dotium*, lib. 23, tit. 3. Voyez aussi la L. 24, Cod. *de jure dotium*, lib. 5, tit. 12.

(2) Voyez dans le Répertoire de jurisprudence, au mot *séparation de corps*, tom. 16, pag. 238 et suivantes.

droit positif (art. 1184 du C. civ.); nulle loi n'en excepte les conventions faites par contrat de mariage, dont les engagements sont toujours synallagmatiques, puisqu'il y a toujours des devoirs à remplir de part et d'autre : on ne peut voir dans l'époux coupable un simple donataire, puisqu'il est époux aussi : il n'est pas permis de considérer ici la donation comme n'ayant d'autre cause que la générosité du donateur : elle a été faite en contemplation du mariage; elle a donc eu pour cause et pour condition la promesse de fidélité faite à son tour, par l'époux donataire; mais en prononçant la séparation de corps contre lui, on juge nécessairement qu'il n'a pas rempli les conditions imposées à la donation qui lui avait été faite; comment donc pourrait-on refuser la révocation demandée par l'autre?

La séparation de corps ne laisse, pour ainsi dire, subsister que l'ombre du mariage, puisqu'il n'y a plus de devoirs à remplir entre les époux; elle fait cesser la collaboration et l'habitation commune; elle dissout toute association d'intérêt; elle est le terme de toutes les jouissances que les époux s'étaient promises dans le mariage; le donateur, resté seul dans ce désert affreux, se trouve réduit à un célibat forcé, par la faute de l'autre : est-ce cet état de privation qu'il avait voulu obtenir pour prix de sa libéralité?

Ainsi, sous le rapport de l'inexécution des conditions apposées au bienfait, la révocation est encore ici dans la règle générale, sans que l'époux coupable puisse invoquer aucune exception légale en sa faveur.

[6° L'article 8 des statuts du 30 mars 1806, sur l'état des princes et princesses de la Maison impériale, porte, ainsi que nous l'avons déjà observé plus haut, que les membres de cette auguste famille pourront demander la séparation de corps, et qu'elle s'opérera par la seule autorisation de l'Empereur] ; mais il ajoute qu'elle n'aura d'effet que quant à l'habitation commune, et qu'elle *ne changera rien aux conventions matrimoniales* (1). On n'a inséré cette disposition dans ces statuts, que parce qu'on l'a jugée nécessaire ; donc on a jugé aussi par là qu'elle n'est pas la règle du droit commun pour tous (*a*).

Mais si la libéralité faite entre époux, par contrat de mariage, est révoquée pour cause d'ingratitude, ou pour l'inexécution des conditions sous lesquelles elle était censée faite, lorsque la séparation de corps est admise contre le donataire, qu'arrivera-t-il dans le cas de la réconciliation des époux, s'ils consentent à faire cesser la séparation de corps ? Par suite de cette réunion, la donation revivra-t-elle de plein droit, ou faudra-t-il lui rendre l'existence par un nouvel acte ? S'il est nécessaire de la renouveler, sera-t-elle de sa nature irrévocable, comme ayant été primitivement

(*a*) Ce dernier argument de l'auteur nous paraît avoir peu de portée. En effet, la disposition qu'il cite prouve seulement que la séparation de corps modifie les conventions matrimoniales ; ce que personne n'a imaginé de contester.

(1) Voyez bull. 84, n° des lois 1432, tom. 4, pag. 371, 4e sér.

stipulée dans le traité nuptial des parties ; ou sera-t-elle révocable *ad nutum*, comme résultant d'un acte passé entre époux depuis leur mariage ? Enfin, cet acte de rénovation devra-t-il être revêtu de toutes les formes de la donation ?

Lorsqu'un acte est anéanti, qu'il est réduit *ad non esse*, il est évident qu'il ne peut revivre de lui-même, parce qu'il faut toujours une cause pour produire un effet ; la donation dont il s'agit ici ne pourrait donc renaître que par une nouvelle disposition consentie entre les époux : telle est la conséquence qui résulte de ce qu'elle avait été pleinement anéantie (*a*).

Le seul fait de la réconciliation des époux ne peut suffire pour rendre la vie à cette donation, parce qu'on peut être époux et cohabitant ensemble, sans être donataire l'un de l'autre.

Non-seulement rien ne nous oblige, dans la solution de cette question, à nous écarter de la règle commune qui veut qu'un acte anéanti reste nul jusqu'à ce qu'on lui ait rendu la vie par une nouvelle expression de volonté ; mais même les plus puissants motifs sollicitent ici l'application rigoureuse de ce principe ; parce que si les époux ne pouvaient se réunir qu'autant que les libéralités qui auraient eu lieu précédem-

(*a*) L'auteur dit *qu'il faut une cause pour produire un effet*. Mais dans l'opinion des adversaires, il y aurait toujours une cause au rétablissement de la donation ; cette cause serait la réconciliation des époux. Et il en était précisément ainsi dans notre ancien droit coutumier (V. Pothier, *Traité du contrat de mariage*, n° 524).

ment entre eux se trouveraient rétablies de plein droit, ce serait mettre leurs intérêts en opposition avec leur réconciliation ; l'époux offensé ne pourrait pardonner à l'autre, sans se dépouiller une seconde fois en sa faveur : ne serait-ce pas opposer à la réconciliation un obstacle aussi contraire au vœu de la loi qu'aux principes de la morale ?

La loi positive vient à l'appui de ces raisonnements : l'article 1451 du Code civil porte que « la communauté dissoute par la séparation soit de corps et de » biens, soit de biens seulement, peut être rétablie *du* » *consentement des deux parties.*

» Elle ne peut l'être que *par un acte passé de-* » *vant notaire et avec minute,* dont une expédition » doit être affichée dans la forme de l'article 1445.

» En ce cas, la communauté rétablie reprend son » effet du jour du mariage ; les choses sont remises » au même état que s'il n'y avait point eu de sépara- » tion, sans préjudice néanmoins de l'exécution des » actes qui, dans cet intervalle, ont pu être faits par » la femme, en conformité de l'article 1449.

» Toute convention par laquelle les époux rétabli- » raient leur communauté sous des conditions diffé- » rentes de celles qui la réglaient antérieurement, est » nulle. »

Il résulte de cet article que la réconciliation et la réunion des époux ne suffisent point pour rétablir entre eux la société d'intérêt qui avait été dissoute par la séparation de corps ; que pour faire revivre cette association, il faut un nouveau consentement des parties

et un nouveau traité passé par-devant notaire, comme leur contrat de mariage; mais si la communauté qui est de droit commun, lorsqu'il n'y a point de traité nuptial entre les époux, n'est rétablie, par la cessation de la séparation de corps, qu'autant que les époux qui se réconcilient consentent à s'associer de nouveau par acte authentique; à plus forte raison doit-on en décider de même à l'égard des libéralités qui avaient été éteintes et qui ne sont pas dans la disposition du droit commun.

Mais la donation étant renouvelée entre les époux, aura-t-elle le même caractère d'irrévocabilité que si elle n'avait pas été anéantie par la séparation de corps?

Nous croyons qu'on doit décider affirmativement cette question, parce que le nouvel acte fait revivre la première libéralité; il se rattache au contrat de mariage et en ressuscite les clauses; en un mot il efface la nullité temporaire qui a existé dans l'intervalle de la séparation.

Enfin est-il nécessaire que, dans ce cas, la libéralité soit renouvelée par un acte revêtu de toutes les formalités requises pour la donation?

Nous ne le pensons pas, puisque ce nouvel acte abolissant les effets de l'ingratitude, se rattache au traité de mariage, et ne fait ainsi que rendre la vie à une donation déjà revêtue de toutes les formes requises. Nous pouvons étayer cette décision de la disposition contenue en l'article 1339 du Code, portant que « le do- » nateur ne peut réparer, par aucun acte confirma-

» tif, les vices d'une donation entre-vifs, *nulle en la* » *forme;* il faut qu'elle soit refaite en la forme lé- » gale : » d'où il résulte que, lorsque la donation n'est pas nulle en sa forme, il n'est pas nécessaire de la refaire en forme légale pour lui rendre ses effets (*a*).

Il y a plus; nous croyons qu'il suffirait que les époux, lors de leur réconciliation, eussent passé par-devant notaire l'acte contenant le renouvellement de leur association, pour que les libéralités stipulées au contrat de mariage reprissent toute leur force première : la communauté d'intérêt se rétablissant entre eux, comme auparavant, les conditions sous lesquelles elle avait été stipulée revivraient aussi nécessairement, puisque la loi déclare nulle toute convention par laquelle *les époux rétabliraient leur communauté sous des*

(*a*) Nous adoptons sans difficulté cette solution, qui ne peut guère avoir trait qu'à la dispense de l'acceptation expresse du donataire (V. art. 932; Comp., art. 1087); mais l'argument que M. Proudhon tire de l'article 1339, ne nous paraît nullement décisif. En effet, il a dit plus haut que la donation dont il s'agit est *pleinement anéantie* et *réduite ad non esse*. Or, quand une donation est anéantie de plein droit, elle doit être refaite dans la forme légale. L'article 964 relatif à la révocation pour cause de survenance d'enfants en fournirait au besoin une preuve. Dans ce cas, la donation qui n'a pas été nulle en la forme, doit cependant être refaite dans la forme légale; et il en serait évidemment de même dans tous les cas d'accomplissement de conditions résolutoires valablement stipulées dans l'acte de donation. Mais du reste, la solution donnée par l'auteur est justifiée d'une manière pleinement satisfaisante par l'article 1451.

conditions différentes de celles qui la réglaient antérieurement : les donations consignées dans le traité nuptial n'étaient véritablement que les conditions sur lesquelles les époux avaient voulu traiter ensemble ; chacune des clauses est censée subordonnée aux autres, parce que nulle d'entre elles n'avait été consentie qu'en considération de ce qui était porté dans les autres ; les époux n'avaient souscrit le contrat qu'en voulant tout ce qui y était contenu ; et comme la loi ne veut pas qu'on puisse le rétablir sous d'autres conditions que celles qui l'avaient régi, il en résulte que tout se rattache à cet acte primitif, et que toutes les conventions renouvelées entre les époux qui se réconcilient, ne sont plus que des conventions par traité de mariage.

FIN DU TOME PREMIER.

TABLE DES CHAPITRES

CONTENUS DANS LE PREMIER VOLUME.

CHAPITRE VIII.

CHAPITRE IX.

CHAPITRE X.

CHAPITRE XI.

CHAPITRE XII.

CHAPITRE XIII.

CHAPITRE XIV.

CHAPITRE XV.

CHAPITRE XVI.

CHAPITRE XVII.

CHAPITRE XVIII.

CHAPITRE XIX.

CHAPITRE XX.

CHAPITRE XXI.

CHAPITRE XXII.

CHAPITRE XXIII.

CHAPITRE XXIV.

FIN DE LA TABLE DES CHAPITRES.



ERRATA.

Page 19, ligne 12, *parenthèse à mettre à la fin de la ligne.*

P. 67, lig. dernière *des observations ; mettre une parenthèse.*

P. 74, (note *a*), lig. 11, confondrait, *lisez :* confondait.

P. 79, *observ.*, lig. 17, *après* grands développements, *mettre* et *en supprimant la virgule.*

P. 90, *fin des* observ., *parenthèse à mettre.*

P. 114, lig. 15, *après les mots* de la commune, *lisez :* âgés de vingt-un ans accomplis.

P. 125, (note *a*), *ligne avant-dern.*, *au lieu de :* ne sont plus en vigueur, *lisez :* ne sont pas toutes restées en vigueur.

P. 139, (*note commencée*), lig. 2, *au lieu de :* la France, colonie, *lisez :* la France, c'est-à-dire dans une colonie.

P. 148, lig. 7, *au lieu de :* allégant, *lisez :* alléguant.

P. 182, *rubrique de l'appendice, au lieu de :* et notamment décret, *lisez :* et notamment des décrets.

P. 238, lig. 4, *les mots :* il y a là une sorte de contradiction, *appartiennent à l'alinéa précédent.*

P. 312, (note *a*), lig. *dernière*, attribuait, *lisez :* attribuerait.

P. 354, lig. 9 et 10, au défaut, *lisez :* à défaut.

Id. lig. 15, *au lieu de :* ne vient à la succession, *lisez :* ne vient pas à la succession.

P. 387, lig. 19, *après les mots* dans une autre, *ajoutez :* où l'on se propose de se marier.

P. 403, lig. 12, *après* L. 4, *mettre le signe* ff.

P. 417, lig. 19, *lire :* Concordat du 26 messidor an IX.

Chez les mêmes libraires.

(*Voyez les Ouvrages de* PROUDHON, *au faux-titre de ce volume.*)

TRAITÉ DE LA COMPÉTENCE DES JUGES DE PAIX, dans lequel la loi du 25 mai 1838 et toutes les lois de la matière sont développées et combinées avec les principes de droit qui s'y rattachent, et les règles de procédure civile et criminelle; par M. CURASSON, avocat à la Cour royale de Besançon; 2e édition, revue, corrigée et augm. de 320 pag.; 2 gros vol. in-8° mi-compactes. . . . . . 17 f.

.... Pour donner à son ouvrage toute l'utilité désirable, M. Curasson a fait précéder le commentaire de la loi du 25 mai 1838, d'une espèce de traité préliminaire, lequel expose les principes et les regles qui s'appliquent à toutes les affaires; et dans ce cadre, quoique restreint, se trouvent aussi les attributions extraordinaires des Juges de Paix en matière de Douanes et d'Octrois, ainsi que la solution des principales difficultés que présentent leur compétence en matière de police, et l'application d'une loi récente sur les chemins vicinaux.

Viennent ensuite les diverses dispositions de la loi du 25 mai.

L'auteur a cru devoir suivre l'ordre tracé par le législateur, tout en évitant par des divisions ingénieuses, la confusion fréquente dans les articles de la loi, de matières tout-à-fait hétérogènes.

Le but de cet ouvrage n'est pas seulement de tracer les règles de la compétence. Le développement des principes et des lois qui se rapportent à chacune des dispositions forme un traité spécial sur chaque matière. Par exemple, la discussion de l'art. 3 est un véritable traité *du louage*; la discussion des deux premières parties de l'art. 6 est un traité complet sur *le possessoire* et le *bornage*, (le second volume se vend séparément sous le titre ci-dessous). Ainsi du reste. On a joint enfin à cet ouvrage un tableau synoptique présentant dans un ordre logique les matières contenues dans la loi du 25 mai.

Les principes développés dans ce travail étant applicables à toutes les affaires qui sont portées devant les tribunaux, le traité qu'on annonce ne sera pas seulement utile à MM. les Juges de Paix et à ceux qui se livrent devant eux, à la défense des parties; s'agissant d'un ouvrage doctrinal et enrichi d'une foule de citations, les Jurisconsultes et les Magistrats supérieurs y trouveront des documents précieux; il ne sera pas non plus sans utilité aux autres citoyens pour la conduite de leurs affaires.

TRAITÉ DES ACTIONS POSSESSOIRES, du bornage et des droits de voisinage, relatifs aux plantations, aux constructions, à l'élagage des arbres et des haies, au curage des fossés et canaux; par M. CURASSON, avocat, auteur, etc. Un gros vol. in-8° de 630 pages, très-bien imprimé, mi-compacte. Prix. . . . . 7 f. 50 c.

LE CODE FORESTIER, conféré et mis en rapport avec la législation qui régit les différents propriétaires et usagers dans les bois; par M. CURASSON, avocat à Besançon; 2 gros vol. in-8°. . . . . . 12 f.

« M. Curasson,...... votre excellent ouvrage sur le Code forestier est un livre
» comme on en fait en province, c'est-à-dire un livre consciencieux. On a déjà re-
» marqué avec raison que nos meilleurs ouvrages de droit et de jurisprudence
» étaient composés dans les provinces Nous sommes ici trop distraits...... Votre
» commentaire est plein de faits et d'une riche et judicieuse instruction. Vous avez
» parfaitement entendu la jurisprudence du conseil d'état dans les points adminis-
» tratifs qui correspondent aux articles du Code forestier L'article 58 a été le sujet
» d'assez vives controverses, et j'ai eu occasion, pour résoudre quelques difficultés,
» de consulter votre traité. »

« *Paris, le......* Signé CORMENIN. »

Nous pourrions citer d'autres témoignages aussi flatteurs qu'honorables pour M. Curasson, de MM. Pardessus, Proudhon, Roy, Dalloz; ce dernier en fait l'éloge le plus judicieux.

DICTÉE d'un professeur de Droit français, 1re, 2e et 3e années. (M.

Morelot, professeur de Code civil à la Faculté de Droit de Dijon); 3 forts vol. in-12 . . . . 10 f.

Le titre modeste de cet ouvrage est loin de révéler toute son importance. L'auteur semble avoir borné son ambition à présenter à ses élèves la substance de ses leçons; mais son livre, qui renferme un corps de doctrine complet sur le droit civil, est digne de fixer l'attention des jurisconsultes.

Une grande érudition, l'indépendance et l'originalité dans la doctrine, des vues élevées sur le droit et sur son but, qui est le bien des hommes par la justice, tels sont les principaux mérites de cet ouvrage. Peu d'écrits exercent autant la réflexion que ces trois volumes, où sont présentés une foule d'aperçus neufs et ingénieux. Qu'on les lise avec l'attention qui leur est due, et l'on conviendra que les opinions même que l'on croirait devoir rejeter, éclairent encore et font penser le lecteur.

TRAITÉ DES JUGEMENTS, par M. Poncet, professeur de procédure; 2 gros vol. in-8°. . . . . 12 f.

TRAITÉ des actions, par M. Poncet; un vol. in-8°. . . . . . . 4 f.

COMMENTAIRE sur la loi des Successions, formant le titre premier du Livre III du Code civil, par Chabot de l'Allier; nouv. édition, accompagnée de nombreuses observations et conférée avec la jurisprudence récente, par M. Belost-Jolimont, Chevalier de la Légion d'Honneur, ancien 1er Avocat-Général à la Cour royale de Dijon; 2 très-gros vol. in-8°. Prix . . . . 12 f.

Le Commentaire de Chabot a toujours été et sera longtemps encore considéré comme le Traité le plus complet sur la matière des successions. La méthode et la clarté de sa discussion, sa logique forte, abondante et persuasive, la justesse presque toujours infaillible de ses décisions, l'autorité qui s'est attachée à son nom, continueront, comme par le passé, à rendre cet ouvrage indispensable aux magistrats et aux jurisconsultes.

Cependant le temps a marché depuis que Chabot nous a légué le fruit de ses méditations. Des auteurs de mérite se sont exercés sur le même sujet; le plus grand nombre de ses opinions ont été fortifiées par leurs suffrages; quelques-unes n'ont pas réuni l'assentiment universel et ont excité d'assez vives controverses. La jurisprudence est venue aussi consacrer ses décisions sur beaucoup de points, et s'en est écartée sur plusieurs autres.

L'éditeur de la présente édition a compris que pour ne pas laisser déchoir un si précieux ouvrage de son utilité primitive, il était indispensable de l'accompagner d'observations qui, tout en respectant scrupuleusement le texte de l'auteur, vinssent l'éclairer des nouvelles lumières qu'apporte toujours l'expérience. L'auteur de ces observations s'est attaché à rappeler toutes les décisions récentes qui confirment, rejettent ou modifient les principes posés par Chabot. Il fait aussi connaître, sur les questions les plus importantes, les opinions des divers jurisconsultes qui, depuis Chabot, ont traité le même sujet. Il a cru devoir entrer lui-même dans la lice, soit pour réfuter les opinions opposées à celles de l'auteur, soit pour ajouter quelques développements nécessaires à ces dernières, soit enfin, ce qui est beaucoup plus rare, pour essayer de réfuter quelques points de sa doctrine qui lui ont paru erronés.

Le sujet traité par Chabot faisant naître parfois des questions sur lesquelles il ne s'est point expliqué, l'auteur des Observations a cru devoir ne pas les négliger, quand elles lui ont semblé offrir une certaine importance.

Les lecteurs ont souvent regretté l'absence de sommaires des questions traitées sous chacun des articles du commentaire. Cette omission qui jusqu'ici avait rendu très-pénibles les moindres recherches, a été réparée dans la présente édition à laquelle on a encore ajouté un *tableau synoptique* des droits des diverses espèces d'héritiers en concours dans une succession régulière. Grâce à ce tableau extrêmement ingénieux, que le défaut d'ordre et les nombreuses redites du Code civil sur ce point rendent si utile dans la pratique et dans les liquidations, même aux jurisconsultes les plus expé-

rimentés, les personnes les moins exercées dans l'intelligence de la loi pourront en un instant s'éclairer sur les droits de quelque classe, de quelque nombre, et de quelque combinaison d'héritiers que ce soit.

QUESTIONS TRANSITOIRES sur le Code civil, relatives à son autorité sur les actes et les droits antérieurs à sa promulgation, par CHABOT, de l'Allier. Nouv. édit. augm. de notes et de corrections de la propre main de l'auteur ; 3 vol. in-8°, 1829 . . . . . . 15 f.

Cet ouvrage n'est point un livre de circonstance : les questions soulevées par la substitution d'un Code unique à des lois multipliées et de tous les âges, sont loin d'être toutes résolues. Un temps bien long doit s'écouler encore avant que ce conflit de plusieurs législations cesse d'occuper les Tribunaux. Chaque jour de nouvelles difficultés relatives à cette invasion d'une législation nouvelle, viennent embarrasser le praticien et le jurisconsulte, principalement en fait de contrats de mariage et de donations entre époux, et l'on est heureux de trouver leur solution ou les règles qui les décident, dans ce livre aussi remarquable par la profondeur et la clarté, que par la facilité qu'il offre pour les recherches.

Mais ce qui assure aux Questions transitoires un succès et une utilité durables, c'est que les principes généraux de la matière qui s'y trouvent si savamment exposés et appliqués, sont encore les mêmes à invoquer pour la solution des difficultés journalières soulevées par la mobilité de tant de lois nouvelles édictées par nos chambres législatives. Un jour viendra où les lois antérieures à 89, ou celles de la révolution ne seront plus consultées que par l'historien ; il n'en sera pas de même de l'ouvrage de CHABOT : il restera un livre de droit et de pratique, parce que les principes qu'il pose sont indépendants des lois auxquelles il les applique, et conviennent à toute législation qui succède à une autre.

COURS complet sur tous les articles du Code civil, par DELVINCOURT, doyen de la Faculté de Droit de Paris ; dern. édit. ; 3 gros vol. in-4°. Prix . . . . 30 f.

DICTIONNAIRE RAISONNÉ DU TARIF DES FRAIS ET DÉPENS en matière civile, à l'usage de chaque Cour royale, Tribunal civil, Tribunal de commerce, Justice de paix et Conseil de prud'hommes ; contenant 1° la quotité fixe des droits, honoraires et indemnités, revenant aux Juges, Avocats, Avoués, Greffiers, Notaires, Commissaires-Priseurs, Gardes du Commerce, Huissiers, Experts et témoins ; 2° l'examen et la solution de toutes les questions en matière de taxe et de celles qui s'y rapportent ; suivi du texte du décret du 16 février 1807, et de l'ordonnance du 10 octobre 1841 contenant le tarif des frais et dépens relatifs aux ventes judiciaires des biens immeubles. Par M. RIVOIRE, avoué à la Cour royale de Lyon ; 3e édit. ; 1 très-gros vol. in-8° de 640 pages. Prix. . . . . . 8 fr.

ANNALES DU MOYEN AGE, comprenant l'histoire des temps qui se sont écoulés depuis la décadence de l'empire romain, jusqu'à la mort de Charlemagne ; par J. M. F. Frantin ; 8 gros vol. in-8°, papier fin. . . . . 30 fr.

PENSÉES DE BLAISE PASCAL, rétablies suivant le plan de l'auteur, par J. M. F. FRANTIN, auteur des *Annales du moyen âge*, et précédées d'un discours préliminaire qui développe le plan et les avantages de cette nouvelle édition ; un gros vol. in-8°, pap. fin. . . . . 5 fr.

DIJON, IMPR. DE FRANTIN. 1842

